This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

FRANCE

B d Dec 1922

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 27 1921

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PREUVES

EN DROIT CIVIL

ET EN DROIT CRIMINEL

PAR

ÉDOUARD BONNIER

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

QUATRIÈME ÉDITION

REVUE ET MISE AU COURANT DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE

TOME PREMIER

PARIS

HENRI PLON, ÉDITEUR
10, RUE GARANCIÈRE

MARESCQ AINÉ, ÉDITEUR
RUE SOUFFLOT, 17

1873

Tous droits réservés

For TX
B71B3P
Ed 4

JUN 27 1921

PRÉFACE

Les événements qui ont pesé si douloureusement sur notre pays, ont retardé la publication de cette édition. Depuis 1862, date de la troisième, il a été, sans doute, projeté, dans la procédure civile et criminelle, d'importants changements, qui auraient réagi sur le système des preuves, du moins dans son application. Nous les avons signalés sommairement dans le cours de notre travail. Mais les projets de réforme, ainsi que cela arrive trop souvent en France, n'ont point survécu au régime sous l'empire duquel ils avaient été conçus; et si l'on reprend à l'avenir ces projets, notamment celui qui introduisait la publicité dans l'instruction préparatoire des affaires criminelles, il est à croire que ce ne sera point sans leur faire subir de sérieuses modifications.

Dans les lois votées par l'Assemblée nationale, nous n'avons à signaler, comme se rattachant à l'objet de ce livre, que la loi du 15 avril 1871, qui admet la preuve par témoins, aussi bien que par écrit, de la vérité des faits diffamatoires, en cas d'imputation, contre un

agent de l'autorité ou contre toute personne ayant agi dans un caractère public, de faits relatifs à leurs fonctions. Ce retour à la législation de 1819 sur la diffamation se rattache au rétablissement, par la même loi de 1871, de la compétence de la Cour d'assises, instituée également en 1819, pour les délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication.

Dans les pays étrangers, la publication législative la plus intéressante de ces dernières années, c'est le Code civil italien de 1865. Sans aller aussi loin que M. Orsier (préface de sa traduction du Code italien), qui considère cette œuvre, calquée en grande partie sur notre Code, comme renfermant *tout ce que la rigueur des principes de la morale et du droit ordonne de plus sage*, nous reconnaissons que le législateur italien a opéré, en ce qui touche notre sujet, plus d'une innovation heureuse, notamment la suppression de la théorie des doubles.

La jurisprudence de nos Cours n'a fait que consolider, en la plupart des points, les doctrines consacrées jusqu'ici sur les preuves. Nous devons cependant, relativement à la filiation naturelle, appeler l'attention de nos lecteurs sur un revirement inattendu dans la doctrine de la chambre civile de la Cour de cassation. Cette chambre avait longtemps jugé, et assez récemment encore, par un arrêt de cassation, le 1er décembre 1869, que l'acte de naissance, même rédigé sans le concours de la mère, prouve la maternité naturelle, sauf à justifier de l'identi au moyen de la possession d'état.

Le 3 avril 1872, la même chambre, par un arrêt de cassation rendu en sens inverse, revient au système qui dénie tout effet à l'acte de naissance et à la possession d'état, en l'absence d'une reconnaissance en forme authentique.

Enfin, quant à notre travail personnel, nous avons complétement remanié, en lui donnant beaucoup plus d'étendue, la partie de notre ouvrage qui traite de l'autorité de la chose jugée. Nous avons mis à profit, pour nous tenir au niveau de l'état actuel de la science, soit les principes posés dans le *Traité du droit romain* de Savigny, soit surtout l'excellente monographie de M. Griolet, un des meilleurs résultats de l'institution du concours de doctorat dans nos écoles de droit, livre qui a jeté un nouveau jour sur cette théorie si délicate et d'une application si usuelle.

TRAITÉ
DES PREUVES
EN DROIT CIVIL
ET EN DROIT CRIMINEL

INTRODUCTION

SOMMAIRE. — 1. Ce qu'il faut entendre par *prouver* et par *preuves*. — 2. Divers sens du mot *preuve*. — 3. De la preuve du droit et de la preuve du fait. — 4. Rôle que joue la théorie des preuves dans le droit civil et dans le droit criminel. — 5. Marche suivie dans cette Introduction.

1. Si la science du droit tend à satisfaire la conscience humaine par son objet, qui n'est autre que la consécration des règles de la justice, en tant que le maintien en intéresse la société[1], cette science répond également à un besoin de l'humanité lorsqu'elle se propose pour but, dans la sphère qui lui est assignée, la découverte de la vérité, aussi nécessaire à l'intelligence de l'homme que la justice l'est à sa conscience. Nous découvrons la vérité, lorsqu'il y a conformité entre nos idées et les faits de l'ordre physique ou de l'ordre moral que nous désirons connaître. *Prouver*, c'est établir l'existence de cette conformité[2]. Les *preuves* sont les divers moyens par lesquels l'intelligence arrive à la découverte de la vérité.

2. Mais il ne faut pas confondre les moyens de preuve

[1] Dante, dans son traité *De monarchia*, définit le droit « realis et perso-« nalis hominis ad hominem proportio, quæ servata, servat societatem. »

[2] La preuve, suivant le Dictionnaire de l'Académie, est « ce qui établit « la vérité d'une proposition, d'un fait ».

avec la preuve acquise. « Ce mot », dit Bentham (*Preuves judiciaires*, édition de Dumont, liv. I, chap. 6), « a quelque chose de trompeur : il semble que la chose qu'on « appelle ainsi ait une force suffisante pour déterminer la « créance; mais on ne doit entendre par là qu'un moyen « dont on se sert pour établir la vérité d'un fait, moyen qui « peut être bon ou mauvais, complet ou incomplet. » Aussi peut-on avoir accumulé toutes les *preuves*, c'est-à-dire tous les moyens, sans qu'il y ait dans l'esprit du juge *preuve*, c'est-à-dire conviction formée. Dans un troisième sens, la *preuve* s'entend de la production même des éléments par lesquels doit s'établir la conviction, comme lorsqu'on se demande à qui incombe le fardeau de la preuve. « Dans cette recherche de la vérité », dit M. Mittermaier (*De la preuve en matière criminelle*, trad. de M. Alexandre, page 63), « l'esprit humain peut se comparer « à une balance mise en mouvement par les circonstances « du dehors et par les impressions que l'homme reçoit du « monde extérieur. En lui, toujours, résident les forces « nécessaires pour peser les faits. L'impulsion produite en « nous en présence de la preuve, et qui communique le mouvement à ce que nous appellerions l'aiguille de la balance « de la conscience, cette impulsion peut être plus ou moins « puissante. Tantôt, moins rigoureuse, elle n'amène que le « soupçon, n'entraîne qu'une présomption pure et simple; « tantôt, rapide et irrésistible, elle fait descendre et maintient en bas le plateau; c'est la certitude qui vient agir de « tout son poids. »

3. Dans les questions soumises aux tribunaux, le débat peut rouler sur un point de fait ou sur un point de droit. Prouver le fait, c'est constater certaines actions de l'homme ou certains événements de l'ordre physique qui sont de nature à provoquer l'exercice de la justice sociale. Prouver le droit, c'est établir que, tels faits étant constatés, telle

ou telle prescription de la loi y est applicable. Mais lorsqu'on parle de la théorie des preuves, on n'entend pas s'occuper de la preuve du droit[1]. Le but qu'on se propose, c'est la recherche des meilleurs moyens à employer pour vérifier les faits qui sont l'objet des débats judiciaires. Ce n'est pas que la preuve du droit doive être étrangère à ces débats. Nous ne résoudrions pas, comme Vinnius, par l'affirmative la question qu'il se pose dans ses *Quæstiones selectæ* : « An « solæ quæstiones facti sint objectum probationis? » Le fameux avertissement, qui a trop souvent interrompu les plaidoiries autrefois et de nos jours : *Avocat, passez au fait; la Cour sait le droit,* fait peu d'honneur aux lumières des magistrats qui se sont permis pareille interpellation. Il est du devoir de l'avocat de plaider le droit, comme le fait, sinon pour enseigner la loi aux juges, du moins pour rechercher l'application, souvent fort délicate, des principes généraux de la législation à l'espèce qui leur est soumise. Mais cette preuve rentre dans une théorie toute spéciale, source à elle seule de nombreux développements, celle de l'interprétation des lois. Cette théorie, du reste, n'est pas régie à tous égards par les mêmes règles que celle qui nous occupe. L'interprétation n'est pas, en effet, un travail purement historique, où l'on se demande simplement en fait ce qu'a dit le législateur; c'est une œuvre d'art, dans laquelle

[1] La preuve du droit peut dégénérer en preuve du fait, ce qui arrivait fréquemment au moyen âge, lorsque l'existence d'une coutume était constatée par *record*, et ce qui a lieu encore aujourd'hui quelquefois, quand il s'agit d'établir l'existence d'une loi étrangère. M. Greenleaf (*A treatise on the law of evidence*, 2e édit., Bost., 1854, tom. I, p. 625, not. 2) cite, à cet égard, le fait assez curieux d'un avocat français qui, dans une question soulevée en Angleterre sur les anciens droits féodaux de l'Alsace, établit par son témoignage personnel l'existence du fameux décret du 4 août 1789, abolitif des droits féodaux. Au surplus, la violation d'une loi étrangère ne saurait, chez nous, donner ouverture à cassation.

il faut coordonner les résultats pour obtenir un tout homogène, harmonique. Le jurisconsulte, qui doit faire prévaloir l'esprit sur la lettre, a mission de combler certaines lacunes, de redresser certains écarts, ou plutôt certaines apparences d'écarts. Il ne lui est, sans doute, pas permis de refaire le mécanisme légal; mais il doit veiller à ce que le jeu des rouages, dans les détails, obéisse, autant qu'il est possible, à l'impulsion centrale. Cette faculté incontestable, bien qu'il importe de n'en user qu'avec sobriété, est tout à fait inadmissible là où il s'agit de la preuve du fait. On sent qu'alors il faut nécessairement ou arriver à une démonstration positive, ou s'abstenir de prononcer.

4. Appliquée au fait, ce qui lui laisse encore une immense latitude, la théorie des preuves se rattache intimement à la mise en œuvre du droit. Il faut observer, à cet égard, que le droit, comme toutes les sciences qui ne sont pas purement théoriques, renferme deux éléments bien distincts : les principes de fond, qui sont l'objet de la loi, c'est-à-dire les règles sur la propriété, sur les obligations, etc., et les moyens d'application, à l'aide desquels ces principes revêtent un corps : l'organisation judiciaire, les formes de procédure, etc. Cette distinction a été assez heureusement formulée par Bentham, lorsqu'il a divisé les lois en *lois substantives* et *lois adjectives*. La matière des preuves rentre évidemment dans la seconde de ces catégories. Il ne s'agit plus, en effet, de rechercher quelles seront les conséquences légales de tels ou tels faits, mais bien de reconnaître comment on parviendra à en vérifier l'existence. C'est ce qui est exposé d'une manière bien nette par le jurisconsulte Paul, dans le texte suivant (L. 30, D., *De test. tutel.*) : « Duo sunt Titii, pater et filius; datus est tutor « Titius, nec apparet de quo sensit testator; quæro quid sit « juris? Respondit, is datus est, quem dare se testator sen-

« sit. Si id non apparet, non jus deficit, sed probatio. » En droit il y a tutelle testamentaire, et si le fait de la nomination d'un tuteur de ce genre était la condition d'une disposition faite par un tiers, la condition se trouverait accomplie; mais il est impossible d'exécuter la volonté du testateur, faute de pouvoir établir lequel des deux Titius il a eu en vue. Le droit existe, mais on ne peut en administrer la preuve.

Chez nous, les preuves se trouvent traitées en grande partie dans le Code civil, qui devrait être une loi toute substantive, toute de fond; cela ne tient pas à un système bien arrêté de la part du législateur, mais à une imitation aveugle de Pothier, qui, traitant spécialement des obligations, avait dû examiner, à la fin de son travail, comment on les constate. Si, comme le dit Bentham, l'art de la procédure n'est autre chose que l'art d'administrer les preuves, la place naturelle des preuves était au Code de procédure, sauf, du moins, les cas spéciaux où les règles sur la preuve sont le complément indispensable des règles du fond, ainsi que cela arrive en matière de filiation dans le système de nos lois. En matière criminelle, là où le législateur était dégagé de pareilles préoccupations, il est revenu à l'ordre rationnel. Le Code pénal ne fait que classer les actes punis par la loi; tout ce qui concerne les preuves, comme tout ce qui concerne le mode de procéder, est renvoyé au Code d'instruction criminelle.

Dans tous les cas, il eût fallu que le Code civil posât les principes sur la preuve, en dehors de telle ou telle matière spéciale, afin de ne point laisser supposer, comme cela arrive quelquefois, que ces principes ne sont pas applicables en matière réelle aussi bien qu'en matière personnelle.

5. Pour asseoir maintenant sur une base solide la classification des preuves judiciaires, il convient de rechercher

d'une manière générale comment l'esprit humain arrive à connaître la vérité, c'est-à-dire à percevoir avec clarté les faits internes ou externes. Nous diviserons donc cette Introduction en deux parties. Dans la première, nous distinguerons les diverses natures de preuves usitées en toute matière; dans la seconde, nous appliquerons aux preuves judiciaires les principes posés d'abord d'une manière générale.

I. DES DIVERS MODES DE PREUVES EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE. — 6. Distinction de la preuve directe, évidence; et de la preuve indirecte, preuve proprement dite. — 7. Double application de la preuve directe. — 8. Évidence interne, base de toute certitude. — 9. Évidence externe, moins parfaite. Preuve de l'existence des corps. — 10. Preuve indirecte. Déduction et induction. — 11. Application de ces deux méthodes. — 12. Réfutation du système qui confond l'induction avec la déduction. — 13. Application de l'induction aux lois de la nature physique et à celles de la nature morale. — 14. Sous le premier point de vue, base des vérités scientifiques. — 15. Sous le second, foi au témoignage. — 16. Indices, autre preuve morale. — 17. Classification des preuves en général.

6. Le mot *preuve*, pris dans le sens le plus large, et c'est ainsi que nous l'entendons ici, désigne tout moyen direct ou indirect d'arriver à la connaissance des faits. Mais on donne souvent à cette expression une signification plus restreinte, lorsqu'on distingue ce qui est évident et ce qui a besoin d'être prouvé. Il y a certains faits qui nous touchent pour ainsi dire immédiatement, que nous percevons sans aucun intermédiaire, dont l'impression sur l'intelligence est aussi vive que celle de la lumière sur l'organe de la vue; il en est auxquels nous n'arrivons que par l'intermédiaire d'autres faits précédemment perçus, par la voie du raisonnement, qui nous conduit du connu à l'inconnu. Dans le premier cas, la preuve est directe, intuitive; dans le second cas, elle est indirecte, médiate. Cette dernière preuve, étant la seule qui exige de l'intelligence une opération plus ou moins compliquée, est aussi la seule qui reçoive dans le langage usuel le nom de *preuve*.

7. Parlons d'abord de la preuve directe, de l'évidence. Elle peut porter ou sur des faits internes, ou sur des faits externes.

8. L'évidence interne, celle qui nous avertit des faits qui se passent en nous, est la base de toute connaissance, seule base qui résiste au scepticisme. On connaît la première méditation de Descartes, où ce philosophe, s'enfermant dans un poêle en Hollande, se débarrasse successivement de toutes les idées acquises, pour prêter en quelque sorte l'oreille à la voix qui parle au dedans de lui, et réduit tout certitude au fameux axiome : *Je pense, donc je suis.* Kant n'a fait que reproduire cette démonstration sous une autre forme, lorsqu'il a établi que toute vérité apparaît à l'homme comme *subjective*. Sans doute, on peut reprocher à Descartes de s'être attaché trop exclusivement à la pensée, et d'avoir ainsi ouvert la voie aux erreurs de Malebranche et de Spinosa, en ne mettant pas en relief une faculté aussi importante que la volonté. Il eût dû ajouter, pour être complet : *Je veux, donc je suis.* Mais il n'en a pas moins établi, par sa méthode, les bases de la véritable psychologie. Les faits de *conscience*, pour employer le langage de la métaphysique moderne, ne sauraient être contestés que par ceux qui pousseraient le doute jusqu'à la folie, qui iraient jusqu'à mettre en question leur propre existence.

9. La seconde espèce d'évidence, moins parfaite, moins directe que la première, c'est celle qui s'attache aux faits extérieurs, que nous percevons par l'organe de nos sens. L'impression que produisent sur nous ces faits rentre, sans doute, dans l'évidence interne. La réalité de nos sensations, par exemple du froid ou de la chaleur que nous éprouvons dans telle ou telle circonstance, est tout aussi incontestable que celle de nos pensées et de nos sentiments les plus élevés. Mais, s'il s'agit de constater la cause de nos sensa-

tions, la réalité externe du froid ou de la chaleur, ce que Kant appelle la vérité *objective,* il n'y a plus d'évidence proprement dite. N'est-il pas certain que dans nos rêves il se manifeste à notre esprit les mêmes apparences qui habituellement nous font croire à l'existence d'objets externes, apparences dont nous ne tardons pas toutefois à reconnaître la fausseté? Qui nous assurera que la vie n'est pas un rêve perpétuel? Néanmoins il est un sens dont le témoignage nous trompe beaucoup moins que celui des autres sens : c'est le tact. C'est à ce sens que nous en appelons, lorsque des images trompeuses viennent s'offrir à nous dans le sommeil. Dès que nous voulons nous mettre en contact avec le fantôme qui frappait notre imagination, nous n'éprouvons pas la sensation de résistance à laquelle nous nous attendions, et l'illusion s'évanouit. C'est effectivement la résistance qui nous révèle une force extérieure, opposée à la nôtre, et réagissant contre nos efforts. Toutefois il importe de distinguer entre le toucher actif et le toucher passif. Ce dernier, par cela seul qu'il est passif, ne nous instruit pas plus que les autres sens, et se prête également aux illusions. Souvent, en rêve, nous croyons éprouver un choc ou faire une chute. Quelquefois, même à l'état de veille, nous ressentons dans les membres des mouvements semblables à ceux qu'y ferait naître l'impression d'objets extérieurs. Le toucher actif seul met en jeu la volonté de l'homme, et par conséquent sa personnalité, se posant, pour ainsi dire, à l'encontre des divers corps avec lesquels nous nous trouvons en contact [1]. Ainsi, le phénomène de la résistance fait ressor-

[1] Les travaux de Maine de Biran sur cet intéressant problème ont été complétés par M. Javary dans son *Traité de la certitude,* que l'Institut a couronné en 1846. Réfutant la fameuse hypothèse de la statue de Condillac, l'auteur de ce traité s'exprime en ces termes : « Si, en effet, en prenant possession, par l'attention, des phénomènes qui se produisent dans notre être, de manière à les soumettre à l'action personnelle et à les

tir tout à la fois et notre propre activité et une force extérieure en lutte avec elle. Nous n'avons sans doute pas la conscience intime de cette force, comme de celle que nous sentons en nous; mais une induction invincible nous persuade que ce qui nous résiste doit avoir une existence propre, distincte de la nôtre. Cette induction est si rapide, si instantanée, qu'elle se confond dans la pratique avec l'évidence même. Et en définitive, s'il peut être permis à certains métaphysiciens idéalistes de nier l'existence des corps, une pareille supposition ne saurait être de mise dans les sciences positives, qui font marcher de front l'évidence interne et l'évidence externe. C'est le cas de dire avec Bacon : « Multa philosophi proponunt dictu pulchra, sed ab usu re- « mota. »

10. Mais les faits qu'un homme isolé peut percevoir directement, soit par intuition immédiate, soit par l'organe des sens, ne sont ni bien nombreux comparativement à la masse des connaissances humaines, ni d'un ordre bien relevé. L'expérience personnelle de chacun est resserrée dans d'étroites limites. Si l'intuition s'élève quelquefois, ainsi qu'on nous le rapporte, jusqu'à saisir de prime saut, comme

reproduire volontairement, nous ne donnions pas nous-mêmes naissance au développement de cette sphère intérieure qui constitue le moi, nous deviendrions à chaque instant tel ou tel phénomène, en vertu de mille influences dont nous ne soupçonnerions même pas l'existence; nous serions ce que sont les animaux, ce que nous sommes nous-mêmes dans le rêve, l'ombre chancelante d'une impuissante individualité, le jouet passif des émotions, des idées flottantes que nous subirions sans pouvoir nous demander même si ce que nous percevons est réel ou non, est en nous ou hors de nous, est soumis à l'action de notre volonté propre ou indépendant d'elle : distinction qui peut seule évidemment fixer les limites de la personnalité. » En l'absence de cette donnée fondamentale de la métaphysique actuelle, on sait que Descartes en était réduit à appuyer uniquement sur la véracité divine la croyance à l'existence des corps, Dieu ne pouvant nous incliner aussi fortement à admettre la réalité d'apparences dénuées de fondement.

l'intelligence suprême, les vérités les plus sublimes [1], un pareil état, qu'il ne nous est possible ni de constater ni d'analyser, est en dehors de toutes les données de la science. L'homme, dans l'état normal, ne forme par expérimentation directe qu'une faible partie de ses connaissances. Dans les circonstances les plus importantes, nous ne pouvons nous appuyer sur l'évidence, sur la perception immédiate, et nous sommes réduits à conclure du connu à l'inconnu. Ces faits inconnus peuvent se trouver compris dans les faits connus, d'où l'intelligence parvient à les dégager; nous procédons alors par voie de *déduction*. Si les faits connus rendent seulement probables les faits inconnus, l'opération par laquelle nous partons des premiers pour remonter jusqu'aux seconds, s'appelle *induction*.

11. Dans la déduction, méthode purement logique, on tire avec rigueur les conséquences d'une proposition supposée constante. Appliquée aux sciences abstraites, cette méthode produit d'immenses résultats. C'est ainsi qu'en partant de ce simple axiome : *La ligne droite est le plus court chemin d'un point à un autre,* on arrive, de degré en degré, jusqu'aux propositions géométriques de l'ordre le plus élevé. Dans toute matière de discussion, là où il s'agit d'apprécier la vérité ou la fausseté d'une proposition donnée, le raisonnement pur joue un grand rôle. Souvent tel principe qui, considéré isolément, ne nous apparaissait que sous un jour équivoque, sera évidemment vrai ou faux à nos yeux quand nous en découvrirons toutes les conséquences. Mais la dé-

[1] « Felix quem veritas per se docet, non per figuras et voces transeuntes, « sed sicuti se habet. » (*Imit. Christ.*, lib. I, cap. III, § 1.) Nous ne nous refusons pas à croire que des âmes pures et saintes puissent se trouver en contact immédiat avec la Divinité. Mais alors c'est pour entendre, suivant les expressions de saint Paul (2e Épître aux Corinth., ch., XII, vers 4), *arcana verba, quæ non licet homini loqui*. De pareilles révélations sont tout à fait étrangères à la théorie des preuves.

duction, excellente pour nous faire apprécier la portée de tel ou tel fait connu, est complétement impuissante pour nous faire découvrir des faits nouveaux. On peut lui appliquer ce que disaient les jurisconsultes romains du vanneur qui dégage le grain de la paille où il était enfermé : *Non speciem novam facit, sed quæ est detegit.* Au moyen âge, quand le syllogisme, l'arme la plus puissante de la déduction, était presque exclusivement en honneur, les sciences purement métaphysiques ont pu faire des progrès; mais celles qui reposent sur l'observation, la physique, la chimie, etc., sont demeurées stationnaires.

Quelle est l'époque d'où a daté une nouvelle ère pour les découvertes scientifiques? C'est celle où Bacon a battu en brèche la méthode syllogistique pour remettre en honneur l'induction, qui, partant de certains faits observés avec soin, généralise les résultats particuliers obtenus par voie d'expérience. La plus admirable application de ce procédé, c'est le système du monde découvert par Newton à la suite d'observations faites sur la chute d'une pomme.

12. Il est vrai qu'on a contesté de nos jours cette distinction essentielle entre l'induction et la déduction. L'induction, a-t-on dit[1], ne diffère pas, au fond, de la déduction, puisqu'elle repose elle-même sur un syllogisme. Ainsi, lorsque, après avoir expérimenté dans plusieurs fragments de résine, soumis à certaines conditions, une propriété électrique, nous en concluons que toute résine possède cette propriété, comment sommes-nous autorisés à généraliser ainsi les résultats de notre expérience, si ce n'est par la croyance invincible de

[1] L'idée que toute logique repose au fond sur l'induction, a été développée par M. Stuart Mill, dans son *System of Logic ratiocinative and inductive.* On peut consulter également l'ouvrage de M. Javary, et spécialement le livre II, chap. III.

l'humanité à la constance des lois de la nature [1]? On propose donc de rétablir en ces termes le syllogisme caché dans cette application de l'induction : Un corps placé dans les mêmes conditions se comporte toujours de la même manière; or, certains fragments de résine développent, dans telle ou telle condition, une électricité d'une nature particulière; donc, la résine, en général, a la propriété de développer cette électricité. C'est bien là un syllogisme en forme; mais ce n'est point là le fondement sur lequel repose l'induction. Il est par trop clair que, si les lois de la nature sont constantes, la loi à laquelle se rattache la propriété électrique de la résine sera aussi constante que toutes les autres. C'est ce que les sceptiques les plus déterminés consentiront volontiers à admettre. Ils contesteront, au contraire, la majeure du syllogisme, c'est-à-dire la permanence des lois de la nature. C'est cette permanence même qui est la base de l'induction. Or, cette permanence n'est pas susceptible d'être démontrée mathématiquement, et c'est là la différence radicale qui sépare l'induction de la déduction : l'une reposant sur une probabilité qu'il est possible de nier sans s'écarter des règles de la logique, l'autre s'attachant à une vérité géométrique que la raison humaine ne saurait

[1] A cette application généralement admise, M. Javary (même ch. III) en substitue une autre, beaucoup plus obscure, consistant à établir qu'une loi irrésistible de notre esprit nous force à supposer une nature universelle dont participent toutes les existences particulières. Mais M. Franck, dans son rapport à l'Institut sur les Mémoires relatifs à la *théorie de la certitude* (p. 247), conteste avec raison que « dans toutes les applications de l'induction, dans les plus humbles comme dans les plus élevées, quand nous affirmons, par exemple, que le soleil se lèvera demain, ou que l'air est nécessaire à la vie des animaux, notre pensée se reporte immédiatement à la notion de l'être en soi et de l'unité absolue. » Ou l'explication de M. Javary n'a point de sens, ou elle ne fait que reproduire, sous une autre forme, la doctrine de Reid, suivant laquelle l'esprit humain est invinciblement porté à supposer un ordre constant et général dans les phénomènes de la nature.

méconnaître sans s'abdiquer. Il n'y a aucune contradiction à supposer une interversion des lois de la nature, à moins de se placer au point de vue faux et étroit de la philosophie fataliste, qui nie la possibilité métaphysique des miracles. Il y aurait, au contraire, contradiction dans les termes à supposer que deux et deux font cinq [1]. On peut supposer des mondes où les conditions de la vie soient toutes différentes de ce qu'elles sont dans notre globe, mais partout on doit retrouver forcément ce principe, base de la logique : *La même chose ne peut pas à la fois être et ne pas être.*

Quand on veut ramener l'induction à un syllogisme, on oublie que tout syllogisme, comme toute proposition mathématique, ne renferme jamais qu'une vérité hypothétique. La justesse du raisonnement y est tout à fait indépendante de l'exactitude de la proposition qui forme la majeure, puisque le syllogisme tend précisément, ainsi que nous l'avons dit (n° 11), à vérifier la vérité ou la fausseté d'une proposition donnée. Aussi M. Stuart Mill fait-il consister avec raison la valeur de la forme syllogistique en ce que cette forme est admirablement combinée pour mettre en lumière le défaut d'un raisonnement, s'il n'est pas concluant. C'est pour cela que la synthèse, qui procède du général au particulier, a été souvent qualifiée de méthode d'enseignement ou de discussion, tandis que l'analyse baconienne a été qualifiée de méthode de découverte.

Au surplus, le mérite de Bacon [2] consiste moins à avoir

[1] *None but mathematical truth*, dit M. Greenleaf (*A treatise on the law of evidence*, tom. I, p. 3), *is susceptible of that high degree of evidence, called demonstration, which excludes all possibility of error, and which, therefore, may reasonably be required in support of every mathematical deduction. Matters of fact are proved by moral evidence alone.*

[2] En reconnaissant les services rendus par Bacon à l'étude des sciences, nous sommes loin de professer une admiration aveugle pour un écrivain

remis en honneur la méthode d'induction, déjà nettement exposée par Aristote, qu'à s'être attaché à l'étude des conditions d'une bonne expérimentation, où l'on écarte toutes les circonstances variables et passagères pour dégager l'élément permanent des phénomènes.

13. Le rapport qui, dans l'induction, rattache le fait connu au fait inconnu, suppose, suivant l'ordre des faits sur lequel portent nos observations, ou la constance des lois de la nature physique, ou celle des lois de la nature morale.

14. Et d'abord, les notions à la fois les plus importantes et les plus usuelles reposent sur la première espèce d'induction, c'est-à-dire sur notre foi à la constance des lois de la nature physique. Lorsque nous disons qu'un corps jouit de telle propriété physique ou chimique, que l'eau, par exemple, dissout certaines substances mises en contact avec elle, ou qu'elle entre en ébullition à une certaine température, nous nous fondons sur ce que nous avons toujours vu, dans les mêmes circonstances, les mêmes phénomènes, la dissolution, l'ébullition, se manifester. Et ce qui nous autorise à tirer de ces faits particuliers une loi générale, une propriété inhérente à l'eau, c'est la persuasion où nous sommes que la marche de la nature est toujours la même; persuasion en quelque sorte irrésistible, et corroborée du reste par l'expérience de chaque jour. Une foule de vérités, communément regardées comme évidentes, ne reposent que sur cette croyance. Ainsi cette proposition : *Tout homme est mortel,* bien qu'universellement admise, n'est pas un axiome mathématique, mais une forte probabilité, tirée de ce qu'ayant observé que des individus organisés comme

qui manifeste trop souvent des tendances sensualistes, notamment lorsqu'il proscrit la recherche des causes finales, en la comparant à une vierge sainte frappée de stérilité.

nous, vivant dans le même milieu, n'ont eu qu'une existence bornée, tout nous porte à croire que les mêmes causes produiront sur nous les mêmes effets. Cette première application de l'induction est donc d'une utilité journalière, aussi bien que d'un haut intérêt scientifique.

Mais l'observation des faits de la nature ne nous conduit pas toujours à des résultats aussi certains. Ainsi, dans la médecine légale, les signes qui dénotent la présence de telle ou telle substance vénéneuse dans l'économie animale, sont malheureusement équivoques; la question de savoir s'il y a eu meurtre ou suicide, d'après l'inspection du cadavre, est souvent très-délicate. L'induction, en de pareilles circonstances, n'a plus la même certitude, elle ne nous fournit plus que des *indices* plus ou moins graves. Ce n'est pas que les lois de la nature physique ne soient toujours constantes, mais beaucoup de ces lois nous sont encore inconnues.

15. Une induction non moins usuelle est celle qui repose sur l'observation des lois de la nature morale. Une foule de points ne nous sont attestés que par la déclaration de nos semblables, et comme nous avons souvent reconnu par expérience que le témoignage de l'homme en telle ou telle occasion avait été conforme à la vérité, nous sommes portés à croire qu'il est également véridique dans d'autres occasions où il ne nous est pas permis d'en vérifier l'exactitude. Mais il n'en est pas de cette induction comme de celle qui s'appuie sur la permanence des lois purement physiques. Le monde moral n'est pas soumis à des règles fixes et invariables. S'il y a une tendance naturelle des esprits vers le vrai, comme des corps vers le centre de la terre, l'homme, étant libre, peut obéir ou ne pas obéir à cette tendance, et il n'arrive que trop souvent que ses déclarations soient mensongères. Ce genre de preuve ne saurait donc être admis qu'avec réserve. Mais gardons-nous du scepticisme, qui

tendrait à rejeter absolument la foi du témoignage. Toutes les vérités historiques, un grand nombre de vérités scientifiques ne reposent pas sur une autre base. Rejetez cette base, et il n'y a plus de société, plus de civilisation possible. « Sans la foi au témoignage », dit Bentham (*Preuves judiciaires*, liv. I, chap. VII), « les affaires sociales ne marche-« raient plus, tout le mouvement de la société serait para-« lysé; nous n'oserions plus agir; car le nombre des faits « qui tombent sous la perception immédiate de chaque indi-« vidu n'est qu'une goutte d'eau dans le vase, comparé à « ceux dont il ne peut être informé que sur le rapport d'au-« trui. » Après tout, le nombre des témoignages vrais est incomparablement supérieur à celui des témoignages faux[1]. Et il est un *criterium* auquel il est difficile de ne pas accorder une grande confiance : les antécédents du témoin, l'accent avec lequel il dépose des faits à lui connus, peuvent ne laisser aucune prise au doute. La déclaration sincère d'un honnête homme n'a-t-elle pas une force sympathique qui entraîne la conviction de tous ceux qui l'écoutent? En somme, il serait aussi impossible de rejeter absolument l'autorité du témoignage, que dangereux de l'admettre sans précaution. L'appréciation de la foi que méritent les écrits où sont rapportés les faits anciens est l'objet d'une science spéciale fort importante, la critique historique. Eh bien, nous devons, pour l'examen des faits actuels attestés par nos contemporains, user de précautions analogues à celles que prennent les critiques judicieux lorsqu'ils étudient le passé.

16. Indépendamment même de la foi au témoignage,

[1] Reid (*Inquiry into the human mind*, chap. VI, sect. 24) montre qu'il y a dans la nature humaine deux dispositions natives, qui nous portent, l'une à dire la vérité, l'autre à ajouter foi au témoignage de nos semblables.

l'observation des lois de la nature morale peut nous conduire à la connaissance de la vérité dans beaucoup d'occasions. Dans l'ordre moral, comme dans l'ordre physique, il peut y avoir des *indices*, qu'on a quelquefois appelés *témoignages muets*, par opposition au témoignage véritable, à la déclaration de l'homme. C'est ainsi que la fuite d'un accusé, lorsque son départ ne paraît nullement motivé, rend sa culpabilité vraisemblable. Dans ce cas et dans les cas analogues, notre intelligence s'empare de certains faits moraux pour en conclure l'existence de certains autres faits; de même que, dans les sciences physiques, l'observation de certains phénomènes nous fait croire à l'action de certaines causes. La force des indices moraux, comme celle des indices physiques, variera du reste à l'infini, suivant les circonstances.

17. En résumé, nous rangerons tout le système des preuves sous trois grands chefs :

1° Évidence, soit interne, soit externe;

2° Déduction, dégageant le connu de l'inconnu où il est renfermé;

3° Induction, partant du connu pour supposer l'inconnu : supposition qui se fonde sur l'observation des lois de la nature physique ou de la nature morale.

Suivant que les lois de la nature physique nous seront plus ou moins complétement révélées par l'expérience, il y aura à nos yeux certitude, ou bien probabilité plus ou moins forte.

Quant aux lois de la nature morale, la plus usuelle de toutes les preuves, la foi au témoignage, s'y rattache intimement. Il y a, de plus, dans l'ordre moral comme dans l'ordre physique, de simples indices.

Ainsi classées, les preuves se trouvent suivre une progression décroissante, qui a pour premier terme le plus

haut degré d'évidence interne, le sentiment de notre propre existence, et pour dernier terme les indices les plus légers, ceux qui ne peuvent motiver qu'un vague soupçon.

II. DES DIVERS MODES DE PREUVES EN MATIÈRE JUDICIAIRE.

SOMMAIRE. — 18. Application des principes posés. — 19. Évidence interne, en première ligne. — 20. Évidence externe, venant ensuite. Descente sur les lieux. — 21. Expertise, auxiliaire de l'expérience directe. — 22. Preuves proprement dites, reposant sur la déduction ou sur l'induction. — 23. La déduction se rattache à la preuve du droit. — 24. La preuve du fait repose sur l'induction. — 25. Induction fondée sur les lois de la nature physique. Certitudes ou simples indices. — 26. Sur les lois de la nature morale. Témoignage de l'homme. De qui il peut émaner. — 27. Preuve simple et preuve légale. — 28. Indices puisés dans les lois de la nature morale. — 29. Distinction des preuves et des présomptions. — 30. Présomptions simples et présomptions légales. — 31. Classification des preuves judiciaires. — 32. Des preuves de preuves. — 33. Classification pratique adoptée par le législateur. — 34. Division de cet ouvrage.

18. Essayons maintenant de classer les preuves judiciaires d'après le plan que nous venons d'adopter pour les preuves en général.

19. L'évidence interne, qui se présente en première ligne, est nécessaire en droit comme partout ailleurs. Que penser d'un juge qui méconnaîtrait sa propre existence? Mais une pareille supposition est inadmissible; la chicane la plus audacieuse n'oserait soulever de pareils doutes. L'évidence interne est la base de toute certitude judiciaire, comme de toute certitude en général, mais c'est une base incontestée et incontestable.

20. L'évidence externe, avons-nous dit, bien que moins infaillible, est presque aussi sûre dans la pratique que l'évidence interne. Il est vrai que les sens du juge peuvent le tromper, comme ceux de tout autre homme. Mais quand les faits lui arrivent par le canal d'un tiers, la chance d'erreur est triple, puisqu'on peut craindre à la fois une expérimentation erronée, un rapport inexact, enfin un rapport infidèle. Ici les deux derniers dangers disparaissent, le juge est en face de la réalité, et quand il a l'intime conviction d'avoir vu les faits de ses propres yeux, il faut supposer

des circonstances bien extraordinaires pour qu'il se soit trompé. Cette expérimentation personnelle, bien qu'elle ne se présente qu'exceptionnellement dans la pratique judiciaire, y a encore une assez grande importance. Ainsi, il peut être utile, soit en matière civile, soit en matière criminelle, que le juge se déplace lui-même pour aller prendre connaissance des faits : c'est ce qui arrive dans la descente sur les lieux.

21. Il est toutefois certaines données qui, bien que soumises immédiatement à l'action de nos sens, ne sauraient être appréciées par celui qui ne possède pas de lumières spéciales sur le point qu'il s'agit de vérifier. Alors, de même que nous nous servons d'instruments d'optique pour suppléer à l'imperfection de l'organe de la vue, le juge, qui ne peut avoir des connaissances encyclopédiques, emprunte à la science de précieux auxiliaires, afin d'obtenir une analyse exacte des éléments matériels qu'il a sous les yeux. L'expertise, malgré ses chances d'erreur, qui tiennent à la nature délicate des opérations auxquelles elle procède, est une branche importante de la théorie des preuves; elle est, du reste, le complément indispensable de l'expérimentation personnelle, à laquelle nous la rattacherons [1].

22. Mais le juge n'est appelé que dans des cas bien rares à prendre personnellement connaissance des faits; et si l'expertise est plus usitée, il faut avouer qu'elle ne peut jamais atteindre que des éléments purement matériels, le jeu des intentions, le ressort des consciences échappant à son scalpel. Aussi l'immense majorité des causes devra-t-elle se décider, non par l'évidence ou à l'aide d'experts, qui

[1] Cette preuve se rattache cependant aussi à l'induction, puisqu'elle repose sur la foi due aux experts, foi qui suppose un mérite antérieurement éprouvé, ou du moins présumé à raison des garanties qu'offrent les connaissances de l'auxiliaire appelé par le juge.

peuvent approcher de l'évidence, mais par le secours de preuves proprement dites, c'est-à-dire de moyens intermédiaires conduisant à la découverte de la vérité. Nous avons vu que ces moyens reposent tous sur la déduction ou sur l'induction.

23. La méthode de déduction, qui consiste à tirer d'une proposition connue les conséquences qu'elle renferme, joue un grand rôle, sans doute, dans la science du droit. C'est lorsqu'il s'agit de la preuve du droit même. L'application à chaque espèce des principes posés par la loi est en grande partie un travail de logique, et c'est en ce sens que Leibnitz a pu dire des jurisconsultes romains que leurs écrits atteignent presque la rectitude des démonstrations mathématiques : « Dixi sæpius post scripta geometrarum, « nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum romanorum jure- « consultorum scriptis comparari possit [1]. » Mais, ainsi que nous l'avons dit (n° 3), ce n'est point de la preuve du droit que nous entendons traiter dans ce livre, et nous devons dès lors nous borner à renvoyer, pour ce qui concerne cette preuve, aux règles établies par les logiciens.

Que si la déduction, en tant qu'elle se rattache à la preuve du droit, se trouve placée en dehors de notre sujet, nous n'avons pas à nous en occuper davantage quant à la preuve du fait. A l'exception, en effet, des questions de calcul, où il s'agit seulement de vérifier certaines combinaisons d'éléments déjà perçus par d'autres voies, ce n'est point par la voie de la déduction que les faits arrivent à la connaissance du juge. La logique peut nous apprendre les conséquences des faits, elle ne saurait nous révéler les faits eux-mêmes.

[1] Si les jurisconsultes classiques ne sont pas aussi sévères logiciens que les grands géomètres, ce n'est pas qu'il y ait infériorité de leur part, c'est que la science du droit se trouve modifiée par les faits positifs dans l'application, comme les lois de la mécanique abstraite le sont par la résistance de l'air atmosphérique.

Pour nous instruire des événements qu'il ne nous a pas été possible de percevoir directement, il faudra, non pas recourir au raisonnement abstrait, mais bien interroger les circonstances connues pour arriver à la connaissance de l'inconnu, c'est-à-dire employer le procédé de l'induction.

24. Nous avons dit que l'induction, cette base de nos connaissances les plus importantes, tant scientifiques qu'historiques, se rattache à la persuasion où nous sommes de la constance, soit des lois de la nature physique, soit des lois de la nature morale.

25. Sans doute, la constance des lois de la nature physique, de celles même qui sont attestées par l'expérience universelle, n'est nullement une vérité logique (n° 12), et il n'implique pas contradiction de supposer, par exemple, que les lois de la gravitation puissent se trouver suspendues. Mais, aux yeux du jurisconsulte, qui se préoccupe bien plus de la certitude pratique que de la vérité abstraite, la constance de ces lois est considérée comme évidente. Celui donc qui voudrait offrir de prouver qu'il a marché sur l'eau, ne serait pas admis à faire ouvrir une enquête pour justifier du fait allégué. On ne permettrait plus aujourd'hui, comme l'a fait une cour écossaise en 1754, à deux témoins d'affirmer sous serment qu'ils ont reçu d'un esprit céleste la révélation du nom de l'auteur d'un meurtre. Ce n'est pas qu'un juge éclairé doive nier la possibilité métaphysique d'un miracle; seulement, les faits miraculeux qui peuvent mériter quelque foi historique sont en si petit nombre, comparativement à ceux qui ne s'écartent pas de l'ordre normal, qu'il y a une extrême probabilité de mensonge ou d'erreur de la part de celui qui met en avant une pareille prétention. Or, pour qu'un juge ordonne la preuve d'un fait, il ne suffit pas que ce fait soit rigoureusement possible, il faut qu'il soit vraisemblable.

S'il n'est pas permis de contester sérieusement en justice une loi bien constante de la nature, et si ce qui n'est pour le métaphysicien qu'une extrême probabilité, équivaut alors pour le juge à une certitude complète, nos connaissances ne sont malheureusement pas toujours assez parfaites pour que nous puissions affirmer, avec une entière confiance, que tel ou tel phénomène a été produit par telle ou telle cause. Les lois de la nature qui nous sont bien connues sont en petit nombre, comparativement à celles que nous ignorons, ou dont nous n'avons qu'une notion imparfaite. Trop souvent, dans la pratique judiciaire, et notamment pour tout ce qui se rattache au mécanisme si délicat des corps organisés, la science ne pourra répondre que par des conjectures plus ou moins fondées aux questions qui lui seront adressées sur la cause de certains résultats matériels dont il importe de rechercher l'origine. Alors nous ne possédons plus cette certitude morale sur laquelle se repose l'intelligence, lorsqu'elle peut s'appuyer sur ces résultats de l'expérience, formulés par la théorie, que l'on est convenu d'appeler *lois de la nature*. En pareille hypothèse, la base de l'induction devient beaucoup plus fragile, et l'observation des faits matériels ne fournit plus que de simples *indices*. Nous reviendrons tout à l'heure sur ces indices matériels, en les rapprochant des indices puisés dans l'ordre moral.

26. L'espèce d'induction qui joue le plus grand rôle en jurisprudence, c'est celle qui repose sur la plus importante des lois de la nature morale, c'est-à-dire sur la foi au témoignage de l'homme. Ici, nous entendons par *témoignage*, non pas seulement la déposition verbale de témoins proprement dits, ou de tiers, sur les faits litigieux, mais toute espèce de déclaration de l'homme, soit orale, soit par écrit, relativement à des faits passés. Nous allons voir que les preuves

les plus usitées dans la pratique judiciaire ont pour base cette sorte d'induction, qui est loin d'être infaillible, mais dont l'emploi est indispensable. Ainsi entendu, le témoignage, dans une affaire litigieuse, peut émaner ou du défendeur, ou de tiers, ou du demandeur lui-même.

Le témoignage du défendeur se condamnant lui-même dans sa propre cause, c'est l'aveu, la plus grave des inductions judiciaires, mais qui toutefois, nous le verrons, n'est pas toujours infaillible. A l'aveu nous rattacherons le serment décisoire, ressource extrême employée dans l'espoir d'obtenir un aveu tacite de l'adversaire, demandeur ou défendeur, qui refuserait de jurer.

Le témoignage de tiers étrangers au litige constitue la preuve testimoniale proprement dite.

Enfin la loi permet de s'en référer au témoignage du demandeur même, dans les cas où elle autorise, soit le serment supplétoire, soit certaines affirmations, même non accompagnées de serment.

27. Chacun de ces témoignages peut être reçu en justice dans sa forme ordinaire, ou bien entouré de certaines conditions impérieusement exigées pour sa validité. Dans le premier cas, la preuve peut être dite *simple*, puisqu'elle n'a aucun caractère artificiel; dans le second, elle est *légale* ou *préconstituée*. A cette dernière classe se rattachent les actes sous seing privé, qui sont des aveux soumis à certaines formalités; les actes authentiques, témoignage rendu d'une manière solennelle par des officiers publics sur des faits qui se sont passés en leur présence; enfin les registres où les marchands sont appelés eux-mêmes, moyennant l'observation de certaines conditions, à attester leurs propres droits. L'écriture étant ordinairement employée chez les peuples civilisés comme le mode de constatation le plus régulier, on a pris l'habitude de confondre la preuve écrite avec la

preuve préconstituée. Mais il est facile de se convaincre que ces deux expressions ne sont pas synonymes. On peut convenir de certains signes, tels que les tailles, d'où résultera une preuve préconstituée, sans écriture; et réciproquement, un écrit, tel qu'une lettre, pourra n'avoir aucun des caractères de la preuve préconstituée ou légale [1].

28. L'induction fondée sur les lois de la nature morale peut se rattacher à des données autres que le témoignage de l'homme. Il y a dans l'ordre moral, comme dans l'ordre physique, des faits qui rendent plus ou moins probable l'existence de ceux que la justice se propose de vérifier. Ainsi, la fuite de l'accusé, un changement complet dans ses habitudes, une tentative de suicide, seront souvent des indices de culpabilité non moins significatifs que ceux qui sont puisés dans les éléments purement matériels de l'instruction. C'est aussi à la classe des indices moraux qu'appartiennent les antécédents, auxquels on attache avec raison une grande importance. Mais les indices, tant matériels que moraux, ont généralement moins de force que le témoignage de l'homme, et avant d'en tirer des conclusions, toujours plus ou moins conjecturales, il faut étudier avec soin toutes les circonstances de la cause.

29. Le nom de *preuve* est ordinairement réservé aux modes de démonstration, simples ou entourés de certaines formes, qui s'appuient sur la foi au témoignage. L'induction qui ne repose que sur des indices, pris dans l'ordre physique, ou dans l'ordre moral, donne lieu à ce qu'on appelle les *présomptions*. L'article 1349 du Code civil définit les présomptions *des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu*. Cette définition, prise à la lettre, comprendrait l'induction tout entière, et par consé-

[1] C'est ainsi que, dans la distinction du *jus scriptum* et du *jus non scriptum*, l'écriture s'entend d'une promulgation.

quent les preuves proprement dites aussi bien que les présomptions. Dans la preuve littérale, par exemple, on conclut d'un fait connu, l'existence d'un écrit revêtu de certaines formes, à un fait inconnu, l'existence d'une convention intervenue sur tel point entre telles personnes. Ce n'est point là pourtant ce que le Code appelle présomption. Ici le fait connu, l'écrit, a eu précisément pour objet de constater le fait inconnu, la convention. Or, il n'y a pas véritablement présomption, quand le fait connu est employé pour ainsi dire à son usage naturel. Une fois le principe de la foi au témoignage admis, l'induction qui nous conduit de l'écrit à la convention est une opération si simple, qu'elle passe presque inaperçue. La preuve semble directe, tant l'esprit y arrive aisément. Il n'en est pas de même quand je conclus de certaines traces trouvées sur le chemin qui conduit au lieu où un crime a été commis, à la culpabilité de celui au pied duquel les empreintes correspondent parfaitement. Ces traces n'ont nullement pour objet de constater ce que je prétends établir. Ici la foi au témoignage n'est plus en jeu, il ne s'agit que d'un signe muet, plus ou moins équivoque. L'opération de l'esprit par laquelle je conclus du rapprochement des traces à la culpabilité, ne repose plus sur des principes communément admis, mais sur une conjecture de mon jugement. Il y a là ce que les jurisconsultes anglais ont assez heureusement appelé une *construction*. Le résultat de l'opération étant dès lors plus douteux que dans l'autre espèce d'induction, ce qu'il y a d'artificiel dans la conclusion y est beaucoup plus sensible. On dit alors que je *tire* la conséquence du fait connu au fait inconnu; il n'y a que présomption. C'est donc bien mal à propos que l'article 1350 classe parmi les présomptions l'aveu de la partie et le serment, qui sont, tout aussi bien que les écrits et les témoins, des preuves proprement dites. Du reste, les rédac-

teurs du Code n'ont point persisté dans cette mauvaise classification, puisqu'ils consacrent ensuite à l'aveu et au serment des sections séparées.

30. La distinction que nous avons établie entre les preuves simples et les preuves légales, s'applique aussi aux présomptions. D'après l'article 1349, ce sont des conséquences que *la loi ou le magistrat* tire, etc. Il y a donc des présomptions pour lesquelles le juge est laissé à ses propres lumières, où sa raison doit le guider dans l'usage si délicat des conjectures judiciaires, comme elle le guiderait dans les affaires ordinaires de la vie. On peut les appeler *présomptions simples*. Il y en a d'autres où la loi, mue par des motifs d'intérêt supérieur, tire elle-même impérieusement la conséquence, comme lorsqu'elle conclut du mariage avec une femme la paternité des enfants qui viennent à naître d'elle. Ce sont des *présomptions légales*.

31. En résumé, voici à peu près l'ordre dans lequel nous aborderons les divers modes de preuves qui sont l'objet de ce traité :

Première catégorie. — Expérience personnelle.

Descente sur les lieux.

Expertise, complément de l'expérience personnelle.

Deuxième catégorie. — Foi au témoignage.

Preuves proprement dites, se subdivisant en :

Preuves simples :

Aveu (auquel se rattache le serment décisoire).

Preuve testimoniale.

Affirmation du demandeur (à laquelle se rattache le serment supplétoire).

Preuves préconstituées :

Écrits sous seing privé.

Titres authentiques.

Registres des marchands.

Troisième catégorie. — Présomptions.

Simples.

Légales.

On voit que nous laissons en dehors de notre plan l'évidence interne, qui est par trop incontestable; la déduction, qui est étrangère à la preuve du fait; enfin l'induction fondée sur la constance des lois de la nature, qui donnera rarement lieu à de sérieuses difficultés.

32. Ces divers modes de preuves peuvent quelquefois s'appuyer les uns sur les autres : c'est lorsqu'il est nécessaire de franchir plusieurs intermédiaires avant d'arriver au fait dont il s'agit d'établir la vérité, et que dès lors la preuve elle-même a besoin d'être prouvée. Ainsi, la descente sur les lieux ou l'expertise n'aboutissent souvent qu'à constater l'existence d'indices matériels; ainsi, l'existence d'un écrit perdu, d'un testament, par exemple, peut elle-même être constatée par témoins. D'autres fois, c'est la même preuve qui se reproduit, pour ainsi dire, à plusieurs degrés. Ainsi, ce sont des témoins qui rapportent les dires de premiers témoins ayant assisté aux faits sur lesquels porte le litige; ainsi, la teneur d'un écrit original est reproduite, plus ou moins fidèlement, dans une copie. Enfin il peut y avoir preuve de la preuve au troisième, au quatrième degré [1], etc. Tel est le caractère des copies de copies, mentionnées par l'article 1335 du Code civil. Il est évident, au surplus, que plus on s'éloigne de la source, plus la preuve perd de sa force : vérité dont la loi fait l'application aux diverses natures de copies (même art. 1335). Laplace a comparé assez heureusement cette diminution de la probabilité à l'extinction de la clarté des objets par l'interposition

[1] Dans la fameuse procédure contre les Calas, un indice grave n'arrivait à la connaissance du juge que par l'intermédiaire de quatre témoins, qui se l'étaient, disait-on, successivement transmis.

de plusieurs morceaux de verre : un nombre de morceaux peu considérable suffit pour dérober la vue du corps qu'un seul morceau laissait apercevoir d'une manière distincte.

Pour ne point fatiguer l'esprit par une division trop compliquée de notre matière, nous pensons qu'il vaut mieux ne point faire une catégorie à part des preuves de preuves, et, en nous bornant à celles qui ont le plus d'importance, rattacher purement et simplement à la preuve testimoniale ce qui concerne le témoignage indirect, à la preuve écrite ce qui concerne les copies.

33. Notre législateur, soit dans le Code civil, soit dans le Code de procédure civile, s'est placé, pour la classification des preuves, à un point de vue tout différent, au point de vue de la pratique. Il classe les preuves suivant l'usage plus ou moins fréquent qui peut en être fait dans la procédure.

Suivant cet ordre, la preuve littérale devait venir la première. Nos mœurs judiciaires et notre législation, qui restreint, ainsi que nous le verrons, l'emploi du témoignage oral, concourent à donner la prépondérance devant les tribunaux à la preuve préconstituée résultant des actes authentiques ou sous seing privé.

En second lieu vient la preuve testimoniale. Cette preuve, bien que soumise à d'assez graves restrictions, est encore la plus usitée dans la pratique après la preuve littérale.

En troisième lieu viennent les présomptions, qui ont, en général, moins de force que les preuves proprement dites, parce qu'elles ne reposent point sur le témoignage de l'homme, mais sur de simples indices.

Le législateur ne place qu'en dernier lieu la preuve résultant de l'aveu de la partie ou du serment. C'est pourtant la plus solide des preuves; mais c'est aussi, malheureusement, celle qu'on obtient le plus difficilement dans la pra-

tique, la bonne foi étant le moindre défaut des plaideurs.

34. Ce traité comprendra trois parties, correspondant aux trois catégories de preuves que nous avons indiquées.

Mais, avant d'aborder chaque preuve en particulier, il convient d'exposer quelques idées générales sur la marche de la preuve dans la procédure.

Nous réserverons, enfin, pour la quatrième partie de ce traité, quelques considérations sur l'effet rétroactif et sur le droit international en matière de preuves : considérations qui ne peuvent être bien saisies quand on n'a pas étudié auparavant les divers modes de preuves judiciaires.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA MARCHE DE LA PREUVE.

SOMMAIRE. — 35. Indication des quatre matières qui font l'objet de ces notions générales.

35. Deux personnes sont en contestation relativement à un point. On se demande d'abord laquelle des deux doit prouver la vérité de sa prétention. La question n'est pas sans intérêt. Il est bien plus commode, en effet, de combattre les allégations de son adversaire que d'avoir à justifier les siennes. Qui doit prouver? Voilà la première question que nous avons à examiner.

Mais, à défaut de preuve suffisante de la part de celui qui est chargé de prouver, que doit faire le juge? C'est là une seconde question, qui se rattache intimement à la première.

Enfin que peut-on prouver? N'y a-t-il pas certains faits dont la loi ne veut pas que la connaissance officielle soit acquise par les voies judiciaires? Tel sera le troisième objet de notre examen

Nous nous demanderons, en dernier lieu, quelle différence présente l'application des notions générales sur la preuve, suivant qu'il s'agit des matières civiles ou des matières criminelles.

I. QUI DOIT PROUVER?

SOMMAIRE. — 36. Développement du principe qui oblige le demandeur à justifier de sa demande, le défendeur à justifier de sa défense. — 37. Tempérament apporté à ce principe en matière criminelle. — 37 *bis*. Application quant à la date de la découverte de l'erreur ou du dol. — 37 *ter*. Est-il inutile au défendeur de faire la preuve? — 38. Exception proposée au cas où le demandeur articule un fait négatif.

36. Un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois, c'est que celui qui doit innover doit démontrer que sa prétention est fondée. Ce principe a toujours été admis en matière personnelle. Si je me dis créancier, il faut bien que je démontre l'obligation de mon prétendu débiteur, ou je ne puis le contraindre à payer. En matière réelle, nous voyons que le droit romain primitif, dans la procédure des actions de la loi, mettait les deux parties sur la même ligne [1]; mais plus tard le droit prétorien établit une présomption en faveur du possesseur, présomption qui s'est maintenue jusqu'à nous.

On exprime ces deux vérités par une formule plus générale, quand on dit que c'est au demandeur à faire la preuve, le non-possesseur ou le prétendu créancier jouant forcément le rôle de demandeur. Mais quand, la preuve de la demande une fois faite, l'autre partie allègue à son tour, soit une défense proprement dite, telle que le payement, soit une exception, comme le délai légal de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer, c'est à elle à justifier du fait sur lequel elle s'appuie : *Reus in exceptione actor est.* (Ulp., L. 1, D., *De probat.*) Si le demandeur primitif ré-

[1] Le magistrat attribuait la possession provisoire à l'un des plaideurs. (Gaius, *Inst.*, comm. IV, § 15).

plique à son tour, ce sera à lui à prouver que sa réplique est fondée, et ainsi de suite à l'infini. En un mot, quiconque allègue un fait nouveau, contraire à la position acquise de l'adversaire, doit établir la vérité de ce fait [1].

[1] L'exposition de ces règles, si élémentaires, si incontestables, suffit pour faire toucher au doigt le peu de fondement de l'explication adoptée par de bons esprits, quant à la difficulté qui s'élève sur le fameux *sane uno casu* du titre *De actionibus*, § 2, aux Institutes. Le cas unique (en dehors des actions confessoire et négatoire) où le possesseur serait obligé de prouver, serait l'hypothèse d'un propriétaire qui, recouvrant la possession de son héritage qu'un tiers était en train d'usucaper, se trouve en butte à l'action publicienne, et réduit à prouver qu'il est dans le cas de l'exception *justi dominii*, c'est-à-dire qu'il est propriétaire du fonds même qu'il possède. Mais rien de plus simple que cette prétendue singularité, rien de plus aisé à concilier avec les principes qui protégent la possession.

Celui qui intente l'action publicienne, ne possédant pas, est obligé de prouver qu'il était dans les conditions voulues pour l'usucapion. Maintenant, cette preuve faite, le défendeur veut établir qu'il est propriétaire. Peut-on l'en croire sur parole, quand le demandeur a clairement établi, lui, qu'il avait la chose *in bonis?* Non, évidemment; les rôles sont forcément intervertis. Le défendeur invoque un fait nouveau, pour lequel il se constitue demandeur. C'est à lui à en justifier. La présomption que la possession créait en sa faveur dans la première phase de l'instance, s'est évanouie en présence de la preuve faite par l'autre partie. Dès lors il n'est plus censé posséder, de même que la maxime *favorabiliores sunt rei quam actores*, perd toute sa force, quand une fois la créance est constatée. L'anomalie consisterait précisément à décider le contraire. Et il n'y a là aucune subtilité particulière au droit romain. Chez nous, et dans toutes les législations modernes, il en serait de même dans l'hypothèse d'un dépositaire qui viendrait à découvrir qu'il est propriétaire de l'objet du dépôt. Une fois la preuve du dépôt faite contre lui, vainement invoquerait-il sa possession pour se dispenser de prouver que l'objet lui appartient. On lui répondrait que le principe qui dispense le possesseur de la preuve ne s'est jamais entendu que de la défensive contre la demande primitive, et non de l'offensive, qui fait l'objet d'une demande reconventionnelle. Il n'y a donc, dans l'espèce, aucune exception aux principes bien constants de la matière, et cette explication trop vantée ne vaut guère mieux que celle qui consistait à lire *non uno casu*.

Ce que nous serions le plus disposé à admettre, sur l'autorité de plusieurs manuscrits de Théophile, c'est qu'il faut plutôt lire : *sane hoc uno casu*, et appliquer simplement le texte aux actions confessoire et négatoire, où le possesseur, à Rome, pouvait jouer le rôle de demandeur (voy. Paul, L. 5, § 6, D., *Si ususfr. pet.*); ce qui tient aux traces qu'avait laissées, en matière de servitudes, le système des *legis actiones*, où l'on ne se préoccupait point de la possession antérieure au litige. (Voy. la thèse de licence soutenue, le 13 août 1836, par M. Gaslonde, professeur honoraire à la Faculté de droit de Dijon, aujourd'hui membre de l'Assemblée nationale.)

Ces principes, qui ne sont autre chose que la raison et le bon sens appliqués à la procédure, sont aussi les seuls que consacre le Code civil en traitant de la preuve des obligations, et il est constant que ce qui est dit sous cette rubrique doit s'appliquer aux preuves en général : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation », dit l'article 1315, « doit la prouver. Réciproquement, celui qui se » prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a » produit l'extinction de l'obligation ».

37. Ajoutons cependant que cette dernière règle ne doit pas être suivie d'une manière absolue en matière criminelle[1]. Là, si l'on doit appliquer dans toute son étendue, à celui qui dirige l'accusation, la maxime : *Onus probandi incumbit actori*, et exiger de lui, en conséquence, une démonstration pleine et entière de la culpabilité de l'accusé, il ne saurait en être de même, quant à l'accusé, de la maxime : *Reus excipiendo fit actor.* Le défendeur qui, poursuivi en vertu d'une créance, allègue le payement, doit le prouver complétement, et non pas seulement le rendre vraisemblable. Au contraire, l'accusé qui allègue un fait justificatif ou une excuse, n'est point tenu d'en justifier d'une manière aussi précise, et la probabilité du fait allégué doit suffire pour motiver son acquittement. Cela est vrai surtout dans une procédure criminelle comme la nôtre, où domine, ainsi que nous le verrons, le système inquisitorial, tandis que le système d'accusation, établissant une sorte de lutte en champ clos entre l'accusateur et l'accusé, se rapproche beaucoup plus de la marche de la procédure civile.

L'ordonnance de 1670 (tit. 28, art. 1 et 2) s'était donc écartée des véritables principes, lorsqu'elle n'autorisait la

[1] Voy. sur ce point M. Mittermaier, *De la preuve en matière criminelle*, chap. XVII.

preuve des faits justificatifs, même de la démence, qu'après la visite du procès, et obligeait l'accusé à les articuler avec précision à peine de déchéance; pratique justement abolie par la loi du 9 octobre 1789.

37 *bis*. On a voulu voir aussi une exception aux principes sur la preuve dans l'hypothèse d'une action en rescision fondée sur l'erreur ou sur le dol. Le délai pour agir ne court alors qu'à partir de la découverte de l'erreur ou du dol (Code civ., art. 1315, 181); mais à qui est-ce à faire preuve de la date de cette découverte? Au demandeur en nullité. Ce n'est pas seulement parce qu'il s'agit ici d'un fait personnel, intime; ce qui est surtout vrai de l'erreur dans la personne, alléguée à l'appui d'une demande en nullité de mariage. La difficulté de la preuve, nous le verrons (n° 44), n'est point un motif suffisant pour intervertir les rôles. C'est qu'en définitive, en excipant de la découverte postérieure qu'il a faite de l'erreur ou du dol, le demandeur en nullité propose une réplique au moyen de prescription opposé par le défendeur, et que c'est à lui à prouver le fait sur lequel se base cette réplique, la date de la découverte. Telle est la décision du Code de procédure (art. 488), au cas de requête civile motivée par la reconnaissance du dol ou par la découverte de pièces : décision qu'il convient de généraliser, sauf la nécessité d'une *preuve par écrit*, qu'il faut écarter, comme contraire au droit commun. Un arrêt de cassation du 26 juillet 1825 a consacré cette doctrine, qu'ont admise les Cours de Besançon (1er mars 1821) et de Bordeaux (20 février 1867). Dans l'espèce jugée par la Cour de Bordeaux, le demandeur en nullité pour erreur sur la personne de son conjoint réclamait au bout de huit ans de mariage et après la mort de sa femme.

37 *ter*. Pour en revenir maintenant à la maxime *actori incumbit onus probandi*, il ne faudrait pas en conclure que la

preuve de la propriété, faite par le possesseur, et dont il lui serait donné acte par le juge, fût inutile. Si plus tard il se constituait demandeur vis-à-vis d'un tiers, les constatations faites dans le premier jugement pourraient lui servir de titre. C'est ce qu'a jugé plusieurs fois la Cour de cassation (Rej., 22 mai 1865; Cass., 13 juillet 1870). « L'arrêt qui attribue « un droit réel à une personne », dit cette Cour (arr. du 13 juillet 1870) « constitue un titre susceptible, comme « tout autre titre, d'être opposé à tous par celui qui l'a ob- « tenu; sans doute, l'autorité de la chose jugée étant limitée « par l'article 1351 aux seules parties en cause, un tel ar- « rêt ne saurait être opposé aux tiers avec l'autorité de la « chose jugée, mais il n'en est pas moins un titre, et les « tiers contre lesquels il est invoqué, s'ils peuvent l'attaquer « au moyen de la tierce opposition ou même directement, « ne peuvent au moins détruire la preuve qui en résulte qu'à « la charge de faire la preuve contraire et d'établir à leur « profit, soit un droit de propriété préférable, soit une pos- « session antérieure légalement acquisitive. » Cette doctrine est en harmonie avec la jurisprudence sur la foi des actes vis-à-vis des tiers (n° 508 *bis*).

38. Tout en admettant les principes généraux que nous venons d'établir, on a souvent proposé d'en borner l'application au cas où le demandeur allègue un fait positif; que s'il s'agit d'un fait négatif, le demandeur ne peut, dit-on, être tenu de le démontrer, et se trouve fondé, en conséquence, à rejeter la preuve sur l'adversaire.

Pour combattre cette idée, il faut d'abord démontrer que la preuve d'un fait négatif n'est pas impossible. Puis, nous établirons que le fardeau de la preuve doit toujours incomber au demandeur, soit qu'il affirme, soit qu'il nie.

PREMIER POINT.

La preuve d'un fait négatif est-elle impossible?

SOMMAIRE. — 39. De la possibilité de prouver une négative. — 40. De la négative de droit. — 41. De la négative de fait. — 42. Résumé.

39. Il ne faut pas de bien profondes réflexions pour se convaincre de la possibilité de prouver une négative. N'arrive-t-on pas tous les jours à la démonstration claire et irréfragable d'une proposition négative, de celle-ci, par exemple : Une servitude de passage n'est pas susceptible de prestation partielle? L'opinion contraire mènerait à cette conséquence, qu'il suffit d'énoncer pour la réfuter, que quiconque voudrait nier une maxime reçue, devrait être repoussé *à priori*, comme entreprenant une preuve impossible. Mais qui ne voit que le plus souvent, dans une discussion, quand l'un soutient l'affirmative, l'autre la négative, il y a de part et d'autre une allégation bien positive, bien susceptible d'être clairement démontrée; que toute la différence n'est que dans la forme, dans la manière de poser la question? J'affirme que Paul est riche; vous le niez. Il est facile de vérifier lequel de nous a raison, et vous n'êtes pas plus embarrassé pour faire la preuve que si vous aviez affirmé, vous, qu'il était pauvre, et que j'eusse nié votre assertion. C'est ainsi qu'on ramène à une affirmation cette proposition en apparence toute négative : Une servitude de passage n'est point susceptible de prestation partielle. En constatant la nature bien positive, bien précise du passage, on arrive à reconnaître qu'il est de son essence de s'effectuer en totalité : ce qui conduit au rejet de la proposition qui le considérait comme divisible. Ainsi, sous l'enveloppe d'une négative se cache une affirmation bien tranchée : c'est ce que les anciens docteurs ont appelé, dans leur langage énergique, une négative génératrice, *negativam prægnantem*. Elle

consiste dans l'allégation d'un fait manifestement incompatible avec un autre fait précédemment allégué, fait qui n'en est pas moins positif pour être articulé sous une forme négative [1].

40. Dans cette classe rentrent les négatives qu'on a appelées *négatives de qualité* et *négatives de droit*. Il y a négative de qualité, lorsque, par exemple, on conteste à quelqu'un la qualité de Français, ce qui revient à dire qu'il est étranger : proposition susceptible d'une preuve directe. La négative de droit, qui se rattache à la même idée, consistera, par exemple, à contester, en fait, l'existence de l'une des conditions requises pour la validité d'un testament, ce qui revient à dire que le testament contient un vice matériel, vice qu'il est facile de reconnaître, s'il existe. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé, par un arrêt de rejet du 21 novembre 1826, que celui qui prétend que son adversaire a encouru une déchéance pour n'avoir pas produit ses titres dans un certain délai, peut et doit le prouver, puisqu'on peut établir l'absence de production tout aussi clairement que la production même, en vérifiant le procès-verbal du juge chargé de diriger l'opération.

41. Mais, s'il est vrai que toutes les fois que je nie une qualité, j'affirme forcément la qualité contraire, que toutes les fois que je nie l'accomplissement de conditions légales, j'affirme virtuellement l'existence matérielle d'un état de choses contraire à la loi, il y a plus de difficulté pour la *négative de fait*. Lorsqu'on met en avant un fait précis, déter-

[1] C'est ce qu'explique fort bien Beaumanoir (Cout. de Beauvoisis, chap. XXXIX, n° 50) : « Tout soit ce que la négative ne se puist prover, « c'est à entendre quant ele est mise avant tout simplement. Me on i pot bien « tel coze ajouster qui quiet en preuve, par le quele proeve il apert que le « négative, que li deffenderes met avant, est vraie.... Si comme se uns hons « me demande vingt livres, et je li ni que je ne li doi pas, car je li ai paiés, « ou il les mes a quités : en tel cas et en sanllavles fes je le négative prains « d'une affirmative ; car se je proeve le paiement, donques ai-je bien prové « que je ne li devoie pas. »

miné, la négation de ce fait semble avoir quelque chose d'insaisissable qui échappe à l'analyse. De là la vieille maxime : *Magis creditur duobus testibus affirmantibus quam mille negantibus.* Toutefois il n'est pas douteux que la négative de fait ne soit également susceptible d'une preuve directe. C'est ce qui arrivera si elle consiste dans l'allégation d'un autre fait positif, dont l'existence ne soit pas compatible avec celle du fait d'abord allégué, par exemple, si un accusé invoque un *alibi*. On retombe alors dans la négative génératrice des docteurs, et toute difficulté s'évanouit. Que s'il n'existe pas, en faveur de la négative, d'arguments d'une nature aussi décisive, elle devient alors moins facile à établir que l'affirmative. Mais à quoi cela tient-il? Ce n'est pas, comme on se l'imagine ordinairement, qu'il y ait impossibilité de prouver une proposition négative, puisque nous venons de voir que cette preuve est très-praticable dans une infinité de circonstances. Cela tient à ce qu'ici la négative est indéfinie. Circonscrivez-la, opposez aux témoins qui déclarent avoir vu commettre le crime, d'autres témoins qui, présents au même lieu et à la même heure, déclareront n'avoir rien vu, et la seconde preuve aura tout autant de poids que la première. Mais les choses se passent rarement ainsi : celui qui nie n'est que trop souvent obligé d'avoir recours à des inductions, et alors sa position est moins favorable, non parce qu'il nie, mais parce qu'il fait reposer sa preuve négative sur des faits plus ou moins vagues. « Si negativa indefinita probari non potest », dit Cocceius [1], « id non inde est, quia negativa, sed quia inde« finita; nec affirmativa indefinita potest. » Ainsi, si j'af-

[1] Cocceius a publié en 1698 sa dissertation *De directâ probatione negativæ*. Cette doctrine, dont M. Gennari (*Teoria delle Prove*, prélim., § 7) présente l'histoire d'une manière fort intéressante, a été soutenue d'abord par Barthole contre Irnerius, et dans notre siècle c'est l'ouvrage classique de Weber, *Sur l'obligation de fournir la preuve*, publié en 1804, qui l'a fait prévaloir en Allemagne.

firme en général que vous avez été corrompu, que vous avez malversé, sans pouvoir préciser en quoi ni comment, voilà une proposition affirmative qui ne sera pas non plus susceptible de preuve. Et pourquoi? Parce qu'elle est indéfinie.

Allons plus loin, cherchons à pénétrer au fond des choses. Toute proposition alléguée est ou nue, ou appuyée sur des preuves. Dans le premier cas, il est évident que l'affirmation ou la dénégation n'ont d'autre valeur que l'autorité personnelle de celui qui les met en avant. Dans le second cas, soit que l'on affirme, soit que l'on nie, puisqu'on invoque des arguments, on allègue des faits plus ou moins précis, que l'on entreprend de démontrer. Ainsi, l'accusé qui plaide sa non-culpabilité ne peut appuyer sa dénégation que sur des faits justificatifs qu'il affirme. Donc toute négation sérieuse implique affirmation. « Certe, si diligenter « attendas », dit la glose, « non est aliqua negativa, quæ ta« citam non habeat affirmativam. » Si la proposition négative de l'accusé ne repose quelquefois que sur de faibles inductions (*probat per obliquum negativa*), n'en est-il pas trop souvent de même de la proposition affirmative de l'accusateur? Les faits allégués par l'une comme par l'autre des parties peuvent être ou parfaitement précis, ou tout à fait insaisissables, ou de nature à présenter une des nuances qui séparent ces deux extrêmes. Mais il ne faut pas s'imaginer qu'ils soient insaisissables, par cela seul qu'ils viennent à l'appui d'une proposition négative. Quoi de plus précis qu'un *alibi?* Quoi de plus vague qu'une accusation fondée uniquement sur les mauvais antécédents de l'accusé? Mais, dira-t-on, il est des négations qui, par leur nature, échappent tout à fait à la preuve, telles que celles-ci : Je n'ai jamais rencontré Titius. Cette exception apparente rentre dans la règle générale, qui voit dans toute négative une affirmation virtuelle. Pour prouver que je n'ai jamais rencontré Titius,

il faudrait que j'eusse des témoins qui ne m'eussent pas perdu de vue de toute ma vie, et qui rendissent compte de toutes mes démarches : preuve positive, mais moralement impossible. Ici la négative s'analyse en un nombre infini de propositions affirmatives, comme la ligne courbe se décompose en lignes droites. Les faits, pris isolément, n'ont rien que de positif, la difficulté tient à leur multiplicité. Or, la même impossibilité morale, provenant de la nature complexe d'une proposition simple en apparence, peut se rencontrer dans une proposition affirmative, telle que celle-ci : J'ai toujours porté au doigt telle bague.

42. En résumé, toute preuve d'une négative, si elle mérite le nom de preuve, suppose l'affirmation de certains faits. Ou bien ces faits sont des faits précis, directement opposés à ceux que peut invoquer l'adversaire, ce qui arrive toujours dans les négatives de droit ou de qualité, alors la négative est génératrice, elle conduit à une affirmation positive, palpable. Ou bien, ce qui arrive souvent dans la négative de fait, les faits invoqués à l'appui de la négative sont indéfinis; alors il est vrai que la preuve sera difficile, quelquefois même moralement impossible, mais il en serait de même d'une proposition affirmative composée des mêmes éléments : *non quia negativa, sed quia indefinita.*

DEUXIÈME POINT.

Le fardeau de la preuve doit-il incomber dans tous les cas à celui qui affirme?

SOMMAIRE. — 43. Raisons alléguées à l'appui de cette proposition. — 44. Examen de la question au point de vue logique. — 45. Discussion des textes invoqués. — 46. De la preuve dans l'exception *non numeratæ pecuniæ*. — 47. Difficulté spéciale en matière d'actions négatoires. — 47 *bis*. Qui doit faire la preuve en ce qui touche le non-usage des servitudes? — 48. Tempéraments pratiques dans l'application de notre doctrine. — 49. Résumé.

43. Le système qui veut substituer à la maxime, que c'est au demandeur à prouver, celle que la preuve incombe,

dans tous les cas, à celui qui affirme, et jamais à celui qui nie, peut se fonder sur certaines considérations abstraites et sur l'autorité de certains textes du droit romain. Essayons d'apprécier la portée des arguments qu'il emprunte à ces deux ordres d'idées.

44. D'abord, on se place sur le terrain de la logique, et on dit : La preuve d'un fait négatif est à peu près impossible à administrer; celle d'une proposition affirmative est très-facile. La justice doit choisir la voie qui la conduit sûrement au but, plutôt que celle qui n'aboutit qu'à une impasse. Il est aussi conforme à la raison qu'à l'utilité pratique de toujours imposer la preuve à celui qui affirme, plutôt qu'à celui qui nie. Nous avons déjà détruit la base de cette argumentation, en établissant que la preuve d'une négative est très-praticable. Mais allons plus loin : tenons pour non avenu ce que nous croyons avoir démontré jusqu'à l'évidence, que toute négative sérieuse se résout en affirmative, et retombe, par cela même, dans le domaine de la preuve; admettons un instant que l'on ne puisse prouver qu'une proposition affirmative en la forme : le système opposé obtiendra-t-il pour cela gain de cause? Nullement. La maxime que nul n'est tenu à l'impossible est parfaitement applicable quand il s'agit d'une obligation légale, que nous subissons sans aucune participation de notre volonté. Mais ne perdons pas de vue la règle fondamentale de cette matière, posée par l'article 1315 du Code civil. Celui qui réclame quelque chose en justice, veut innover, puisqu'il attaque ou bien la possession positive de son adversaire, s'il s'agit d'un droit réel, ou bien, en matière personnelle, cette sorte de possession de sa liberté où se trouve placé tout homme dont l'assujettissement envers autrui n'est pas constaté. C'est à lui à justifier son assertion, puisque rien ne se présume en dehors des présomptions établies par la loi. Sur quoi s'ap-

puie-t-il pour rejeter le fardeau de la preuve sur l'adversaire? Sur ce qu'il lui est impossible de prouver ce qu'il soutient! Mais alors pourquoi vient-il entretenir la justice de sa réclamation? Comment! il reconnaît en principe que c'est à lui à établir son droit, et parce qu'il ne saurait y parvenir, il voudrait imposer le rôle actif dans la procédure à l'autre partie, qui ne réclame que le maintien du *statu quo!* A ce compte, les propositions les plus insoutenables seraient les plus commodes à alléguer, puisque l'impossibilité même de les prouver mettrait la preuve du contraire à la charge du défendeur! Il faut vraiment toute la force des traditions et de la routine pour que l'on puisse concevoir que de pareils arguments aient fait quelque impression sur des esprits sérieux.

45. Insoutenable aux yeux de la raison, le système qui dispense le demandeur de prouver une négative est-il au moins fondé à invoquer l'autorité des jurisconsultes romains? Il a été, dit-on, formulé par Paul, dans la loi 2, D., *De probat.: Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* Mais d'abord, les prétendues règles de droit posées par Tribonien ne sont souvent que des observations isolées des anciens jurisconsultes, auxquelles on prête une portée exagérée, en les détachant de ce qui précède et de ce qui suit. Et même, en prenant le texte de Paul pour général, il ne signifie pas nécessairement que le demandeur n'est tenu de prouver qu'en tant qu'il énonce une proposition affirmative. Il peut vouloir dire simplement que la preuve incombe à celui qui émet une proposition, et non pas à celui qui se contente de la dénier: ce qui rentrerait dans la règle générale, qui impose la charge de la preuve à quiconque, soit dans la demande, soit dans la défense, allègue un fait nouveau. Et cette interprétation est d'autant plus fondée que tel est le sens manifeste d'un autre texte invoqué à contre-

sens par l'opinion vulgaire. Qui n'a entendu répéter cet adage : *Factum negantis probatio nulla est*, comme expression de l'impossibilité de prouver une négative? Eh bien, cet adage se retrouve, en effet, dans le *Corpus juris*, mais avec un tout autre sens que celui qu'on lui prête communément. Un rescrit de Dioclétien et de Maximien, qui forme la loi 23, au Code, *De probationibus*, est ainsi conçu : « Actor, quod « adseverat probare se non posse profitendo, reum neces- « sitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per « rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. » S'agit-il ici d'un fait négatif, dont le demandeur rejetterait la preuve sur la partie adverse? Pas le moins du monde. Le rescrit a pour but, au contraire, de protéger le défendeur contre les prétentions d'un demandeur qui, désespérant de prouver, voulait en imposer l'obligation à l'adversaire. Et quel est le motif de cette décision? C'est que celui qui se borne à dénier les allégations produites contre lui n'a rien à prouver. Les empereurs décident donc que c'est au demandeur à faire la preuve, quelque difficile qu'elle soit. Ainsi, bien loin d'adopter le système qui autorise l'interversion des rôles, ils consacrent de la manière la plus formelle le principe qui oblige le demandeur à justifier de son droit. *Factum negantis probatio nulla est* signifie évidemment ici qu'on n'est pas tenu de prouver quand on se renferme dans une simple dénégation. Or, quand est-il permis de se renfermer dans une simple dénégation? Quand on se tient sur la défensive, c'est-à-dire quand on est défendeur, soit à la demande, soit à l'exception. C'est probablement aussi tout ce que voulait dire le texte de Paul : *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat.*

On arrive à la même conséquence, quand on recherche la portée de cette règle du droit commun anglais (*common law*), que l'obligation de prouver incombe toujours à la par-

tie qui soutient l'affirmative. M. Greenleaf, en reproduisant cette règle (tom. I, p. 99), reconnaît qu'elle ne tient nullement à l'impossibilité où l'on serait de prouver une négative, et il admet qu'à tout prendre, le véritable *criterium* consiste à rechercher contre laquelle des parties, en l'absence de toute preuve, devrait être rendue la décision, et à charger cette partie du fardeau de la preuve[1]. C'est bien dire, en d'autres termes : *Onus probandi incumbit actori.*

46. Il est vrai qu'il y avait un cas à Rome où celui qui aurait dû prouver une négative, était autorisé à rejeter la preuve sur l'adversaire. C'était celui où, poursuivi en vertu d'un écrit ou d'une stipulation d'où naissait directement l'obligation de payer une certaine somme, le défendeur invoquait l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Bien que le défendeur, par cette exception, se constituât demandeur, il avait droit d'exiger du prétendu créancier la preuve de la numération des espèces. Mais c'est là une décision toute spéciale, tout exceptionnelle, qui tient à deux causes : en premier lieu, à la fréquence de ce genre de fraude à Rome, fréquence attestée par le grand nombre de textes qui en font mention ; en second lieu, à la tendance de la jurisprudence romaine à se dégager des formes rigoureuses de la stipulation et de l'obligation littérale. (Voy. *Explication historique des Instituts*, par M. Ortolan, au titre *De litterarum obligatione*). Ces deux motifs sont tout à fait inapplicables aujourd'hui. Aussi cette doctrine a-t-elle été depuis longtemps rejetée en France : « Exception d'argent non nombré n'a point de lieu », dit Loisel. (*Inst. cout.*, liv. V, titre II, § 6.) Du reste, ce cas était le seul où l'on intervertît à Rome les principes de la preuve. La règle qui la met dans tous les cas à la charge du

[1] *Consider which party would be entitled to the verdict, if no evidence were offered in other side ; for the burden of proof lies on the party against whom, in such case, the verdict ought to be given.* (*Ibid.*, not. 3.)

demandeur se trouve nettement formulée par Africain, dans la loi 15, D., *De op. nov. nuntiat.* Après avoir supposé que la partie actionnée refuse de se défendre, soit dans une action confessoire, soit dans une action négatoire, le jurisconsulte dit, sans distinguer : « Hactenus is, qui rem non « defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse habe« ret : id enim esse, petitoris partes sustinere. » Ainsi, soit qu'il s'agisse d'une affirmation, soit qu'il s'agisse d'une négation, on force la partie qui ne veut pas se défendre à jouer le rôle de demanderesse, c'est-à-dire à prouver. Le demandeur doit donc faire la preuve, même dans une action négatoire[1]. Ce système a été consacré par un arrêt de cassation du 16 octobre 1848, ainsi que nous le verrons en parlant des actes sous seing privé, en ce qui concerne la preuve de la cause non énoncée dans un billet.

47. Toutefois il se présente, en matière d'actions négatoires, une difficulté spéciale que nous ne saurions omettre. Indépendamment de ce qui concerne la preuve de la négative, on invoque le principe que tout héritage est présumé libre jusqu'à preuve contraire. Dès lors, dit-on, celui qui réclame un usufruit ou une servitude, revendique un droit tout exceptionnel ; c'est à lui à en établir l'existence. Vainement le défendeur aura réussi au possessoire[2] ; ce n'est là qu'une quasi-possession, qui ne saurait avoir d'influence

[1] « Attendu, dit l'arrêt du 21 novembre 1826, cité plus haut, que l'impossibilité même de prouver ne dénature point les qualités des parties, et ne fait pas tomber sur le défendeur l'obligation d'une preuve qui, formant la base de la demande, est essentiellement à la charge du demandeur : « Frustra veremini, ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur: » (L. 8, Cod., *De probat.*)

[2] D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, conforme à la doctrine de Pothier (*Possession,* n° 90), lors même que la servitude n'est point continue et apparente, si elle est fondée sur un titre qui écarte la présomption de précarité, elle donne lieu à l'exercice de l'action possessoire : ce qui a été jugé (Cass., 15 février 1841) même pour une servitude négative, celle de maintenir un terrain en état de non-culture.

sur la preuve. *Quasi possessio*, dit Dumoulin (Comm. sur la Cout. de Paris, § 3, glos. 6, n° 4), *non relevat ab onere probandi in servitute reali*. « Si la possession annale », dit la Cour de Limoges, dans un arrêt du 28 juillet 1842, « quand il « s'agit de la propriété d'un héritage, procure à celui qui la « fait consacrer non-seulement l'avantage de continuer sa « jouissance pendant l'instance au pétitoire, mais encore « celui d'obliger son adversaire, qui prétend à la propriété, « de rapporter un titre ou de justifier d'une possession tren- « tenaire, il ne peut en être de même en matière de servi- « tude quant à l'obligation de faire la preuve; en effet, il est « de principe que toutes les terres sont libres, jusqu'à la « preuve du contraire, et cette présomption légale cesserait « d'exister si le propriétaire de l'héritage que l'on veut as- « servir était obligé de prouver que la servitude n'existe « pas. » (Voy. aussi Grenoble, 14 juillet 1832, et Agen, 30 novembre 1852.)

Il est bien vrai que tout héritage est présumé libre; mais ce n'est point là une présomption *juris et de jure*, c'est une simple présomption de fait, qui admet parfaitement la preuve contraire. A cet égard, on peut avec avantage opposer à elle-même la Cour de Limoges, qui s'est prononcée deux fois (le 15 février 1837 et le 20 novembre 1843) dans un sens opposé à sa décision de 1842, en adoptant les motifs d'un jugement du tribunal de Saint-Yrieix, lequel porte « qu'on ne saurait distinguer là où la loi ne distingue pas; « que celui qui a en sa faveur une présomption légale est « censé propriétaire jusqu'à preuve contraire; que la loi ne « distingue pas entre le possesseur d'une servitude et le « possesseur d'un héritage; que la présomption de liberté doit « céder devant une présomption plus forte, celle de pro- « priété résultant de la possession avec tous les caractères « voulus par la loi; qu'en effet, il y a une grande présomp-

« tion de propriété lorsqu'il y a déjà certitude acquise qu'on « a joui pendant un an, sans trouble, paisiblement, publi- « quement. »

C'est une tradition qui remonte au droit romain, que la distinction de la possession en matière de propriété, et de la quasi-possession en matière de servitude. Mais cette distinction n'a jamais eu la portée que lui ont prêtée certains interprètes modernes. Dès que la *quasi possessio* a été admise, on lui a attribué les mêmes effets qu'à la possession. *Si quæritur*, dit Ulpien (L. 8, § 3, D., *Si serv. vind.*), à propos du fardeau de la preuve relativement à la servitude *tigni immittendi, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sunt, eum qui sibi servitutem debere ait : si vero non sunt immissa, eum qui negat.* De même, Pothier (*Possession*, n° 38) assimile la quasi-possession à la possession proprement dite; et ce que Dumoulin dit du fardeau de la preuve, relativement à la *quasi possessio*, a trait aux matières féodales, et dans des cas d'ailleurs où le seigneur n'eût pas été recevable au possessoire [1], ce qui est contraire à l'hypothèse que nous discutons. Dunod, qui traite la question aux termes du droit commun, s'exprime ainsi :

« Comme la liberté est présumée de droit, celui qui agit « par l'action négatoire ayant pour lui cette présomption, il « ne doit être chargé d'aucune preuve; c'est à la partie qui « prétend la servitude de prouver qu'elle a été constituée ou « prescrite; *à moins qu'elle ne soit avouée être en possession, « parce que sa possession détruirait la présomption de la liberté.* »

47 ***bis.*** C'est également à la possession que s'attache la jurisprudence de la Cour de cassation, lorsqu'il s'agit de savoir qui doit faire la preuve, en ce qui touche l'extinction de

[1] *Etiam in simplici possessorio non sufficeret patrono sola quasi possessio, nisi esset immemorialis.* (Comm. sur la Cout. de Paris, *loc. cit.*)

la servitude par le non-usage. Suivant certains arrêts (Paris, 2 juillet 1836; Rouen, 20 mai 1868), celui qui produit, à l'appui de la servitude qu'il réclame, un titre, même ancien de plus de trente ans, est fondé, d'après la maxime *reus excipiendo fit actor*, à rejeter sur l'adversaire la preuve du non-usage. Mais alors ce mode d'extinction des servitudes deviendrait illusoire, puisqu'il suffirait de produire un titre remontant peut-être à plus d'un siècle pour faire revivre une servitude qui aurait depuis longtemps cessé, en imposant à l'adversaire la preuve difficile de l'absence d'exercice pendant trente ans. Suivant la doctrine de Merlin (*Questions de droit*, v° USAGE, § 9, n° 3), consacrée par la Cour régulatrice (arr. du 3 juin 1835 et du 15 février 1842), il faut distinguer si celui qui réclame la servitude est ou non en possession du droit. S'il possède actuellement, le titre fait présumer la possession lors de sa date, et aux termes de l'article 2234 du Code civil, il y a présomption de possession dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire. Mais si le réclamant n'est point actuellement en possession, le titre qu'il invoque est un titre prescrit, le droit de servitude, à la différence de celui de propriété, ayant besoin d'être vivifié par l'usage; c'est donc à lui à justifier d'actes de possession remontant à moins de trente ans. C'est dans le même esprit qu'au sujet d'une constitution de rente, établie par un titre ayant plus de trente ans de date, un arrêt de cassation du 19 novembre 1845 a décidé que « la prescription tren-« tenaire, en éteignant toutes actions réelles ou person-« nelles, anéantit par cela même l'effet des titres sur « lesquels ces actions auraient été fondées, et que la repré-« sentation de ces titres par celui au profit duquel ils étaient « consentis, ne prouve que l'existence de l'obligation origi-« naire, sans qu'on puisse rien en inférer contre la présomp-« tion légale de libération résultant du laps de temps écoulé. »

48. Il reste à examiner comment je puis établir qu'il n'existe pas de servitude sur le fonds que je possède. C'est là une négative indéfinie, qui échappe à la démonstration. Dans des espèces semblables, il est un tempérament adopté par les partisans de la doctrine que nous soutenons ici, tempérament qui consiste à obliger le défendeur, non pas à prouver son droit, mais à alléguer le titre auquel il le rattache, par exemple une donation, un testament[1]. La question se trouvera alors placée sur un terrain positif, et il sera possible au demandeur d'établir que ce titre n'existe pas. S'il n'y réussit pas, il sera débouté de sa prétention. Si, au contraire, il y réussit, la présomption sera en sa faveur, et ce sera au défendeur, qui aura succombé une première fois, à justifier, s'il le peut, de l'existence d'un autre titre. Ce tempérament n'est pas seulement une affaire de pratique; il est parfaitement conforme aux principes que nous avons posés dans la première partie de cet article. Nous avons reconnu que, dans le cas où une proposition négative ne peut se prouver, cela tient à ce qu'elle est indéfinie : rendez-la définie en la concentrant sur un point, et rien de plus aisé que de sortir d'embarras[2].

Un autre tempérament, admis dans la pratique anglaise (M. Greenleaf, tom. I, p. 105, 106), consiste à se montrer moins rigoureux pour la preuve vis-à-vis de celui qui est tenu de prouver une négative; il suffit alors que son allégation, en l'absence de tout témoignage opposé, se fonde sur une présomption raisonnable. Ainsi, lorsqu'on agit en vertu de la loi du 3 mai 1844, qui défend (art. 13) de chas-

[1] On suivait une marche analogue à Rome dans l'*interrogatio in jure*. (Voyez au Digeste, le titre *De interrogationibus in jure faciendis.*)

[2] « Attendu, dit le même arrêt de 1826, que la preuve négative est « réputée affirmative toutes les fois qu'environnée et circonscrite par des « faits positifs de temps et de lieu, elle résulte elle-même parfaite et « complète de la seule preuve de ces faits. »

ser sur le terrain d'autrui *sans son consentement*, l'absence de consentement n'a pas besoin d'être démontrée d'une manière précise; il suffit pour l'établir des circonstances de la cause.

49. En résumé, pour réduire la question à sa plus simple expression, en empruntant les formes de la logique, l'opinion que nous avons essayé de combattre peut se ramener à ce syllogisme : Une proposition négative n'est pas susceptible d'être prouvée; or, celui qui allègue une proposition qui n'est pas susceptible d'être prouvée peut rejeter la preuve sur l'adversaire; donc celui qui allègue une proposition négative peut rejeter la preuve sur l'adversaire. Nous avons établi que toute négative sérieuse est susceptible de démonstration, ce qui fait tomber la majeure. La mineure est en opposition avec les principes les plus constants sur le règlement d'une bonne procédure. Elle s'appuie faussement sur le droit romain, qui la repousse dans les cas ordinaires, et ne la consacre dans une espèce particulière que sous l'influence d'idées qui n'ont plus cours aujourd'hui. On arrive donc forcément à cette conclusion, que chez nous c'est toujours au demandeur à prouver, et qu'il peut le faire, même lorsqu'il s'agit d'un fait négatif; il le pourra bien plus facilement, si on admet cette sage restriction que, pour rendre la négative définie, il est permis d'obliger la partie adverse à préciser ses prétentions.

II. QUE DÉCIDER EN L'ABSENCE DE PREUVES SUFFISANTES?

SOMMAIRE. — 50. Comment cette question se rattache à la précédente. — 51. Justification du principe qui prononce, dans le doute, en faveur du défendeur. — 52. Violation de ce principe, au criminel, par l'institution de la *peine extraordinaire*. — 53. Dans le même esprit, variétés de l'acquittement autrefois, ou moyen terme entre l'acquittement et la condamnation. — 54. Sortie par la galerie. — 55. Simple ouverture des prisons. — 56. *Mise* hors de cour. — 57. Plus amplement informé. — 58. Ne point confondre l'arrêt de non-lieu avec l'acquittement. — 59. Nuance entre le civil et le criminel en cette matière.

50. Cette question, nous l'avons dit, se rattache intime-

ment à la précédente. De la solution de cette question dépend en effet, en grande partie, l'intérêt des difficultés relatives à l'attribution des rôles pour la preuve; car il ne faut pas s'imaginer que, parce qu'une partie est chargée de prouver, l'autre pourra impunément se retrancher dans un silence systématique. On aura toujours mauvaise grâce à refuser des éclaircissements à la justice, et de plus, il sera rarement sans danger de s'abstenir de répondre aux allégations de l'adversaire. Mais l'importance de l'attribution des rôles dans la procédure tient surtout à ce que l'insuffisance de la preuve, de la part de celui qui est chargé de l'administrer, doit entraîner le rejet de sa prétention. *Actore non probante, reus absolvitur.*

C'est là le grand avantage de la position de défendeur, dès que l'on admet avec nous que c'est toujours au demandeur à prouver. Les considérations qui militent en faveur de cette décision conduisent à reconnaître que, faute de faire la preuve, le demandeur doit succomber. La preuve ne serait plus un fardeau (*onus probandi*), si la non-réussite ne devait pas être fatale à celle des deux parties qui doit prouver. C'est à tort que l'on a cru voir une dérogation à ce principe dans la doctrine, professée par Pothier (*Possession*, n° 105) et reproduite par la Cour de cassation (Rej. 5 novembre 1860 et 22 juillet 1868), qui autorise le juge du possessoire, lorsque les preuves des deux parties se balancent, à renvoyer les parties à se pourvoir au pétitoire. Si le demandeur seul se prétendait en possession et ne pouvait réussir à en faire la preuve, alors s'appliquerait la maxime *actore non probante*, bien que la possession du défendeur ne fût point établie (Rej. 24 mars 1854). Mais on suppose, dans la décision de Pothier, que le demandeur et le défendeur articulent également des faits de possession, et qu'aucun d'eux n'a l'avantage sur son adversaire. Il y a dès lors néces-

sité, pour obtenir une solution, d'en venir au pétitoire.

51. Toutefois, le principe que le demandeur doit succomber à défaut de preuve, n'a pas toujours été observé; les Romains, qui nous l'ont transmis, n'y ont pas toujours été fidèles. Ainsi, Aulu-Gelle (*Nuits att.*, livre XIV, chap. II) nous apprend que, chargé de prononcer sur l'existence d'une créance, dans une affaire où le demandeur n'avait pas de preuves suffisantes, mais où il était d'une réputation intacte, tandis que celle du défendeur était détestable, il se tira d'embarras en jurant qu'il ne voyait pas clair dans l'affaire, *sibi non liquere*[1]; ce qui serait considéré aujourd'hui comme un déni de justice. Nos anciens auteurs, de leur côté, ont proposé divers expédients pour résoudre les questions douteuses. Les uns veulent qu'on tranche le différend par la moitié, ce que Cujas appelle avec raison *anile judicium*. D'autres proposent l'emploi du sort, emploi qui a été réalisé effectivement, en 1644, dans la fameuse *sentence des bûchettes*[2]. Ce qu'il y a d'arbitraire et de ridicule dans l'emploi de pareils moyens, prouve combien il est sage de prononcer purement et simplement en faveur du défendeur.

Il est vrai qu'un novateur intrépide, que nous aurons souvent occasion de rencontrer sur notre chemin, Bentham, propose de renverser la vieille maxime *actore non probante*, etc. Entre le demandeur et le défendeur, la *présomption antéjudiciaire*, pour employer ses expressions, doit être en faveur du premier. (Voy. *Preuves judiciaires*, édit. de Dumont, tom. II, livre II, chap. II.) Les causes gagnées par

[1] Paul (L. 36, D., *De re judic.*) mentionne le même serment, *sibi non liquere*. Mais c'était là une déclaration individuelle, et non une formule judiciaire. Le serment d'Aulu-Gelle n'eut d'autre effet que de le faire remplacer par un autre *judex : atque ita judicatu illo solutus sum.*

[2] Cette sentence a été rendue par un juge de Melle qui avait fait tirer aux plaideurs deux pailles ou *bûchettes*, qu'il tenait entre les doigts. Heureusement pour l'honneur de la justice, elle a été réformée par le parlement de Paris.

les demandeurs, dit-il, sont dans une proportion bien supérieure à celle des causes gagnées par les défendeurs. Mais c'est là déplacer la question. Il ne s'agit pas de savoir si, dans tous les procès pris en masse, les demandeurs n'ont pas en majorité raison, ce qui peut être vrai; il s'agit d'examiner si un demandeur qui n'a pas établi suffisamment son droit, peut être présumé fondé dans sa prétention. La plupart des demandeurs triomphent, sans doute, c'est qu'ils réussissent à prouver leurs droits. Mais y a-t-il dans ce résultat rien qui nous autorise à supposer que ceux-là mêmes qui n'ont pu parvenir à faire la preuve, avaient raison au fond? Et qui ne voit qu'admettre une pareille présomption, ce serait ouvrir la porte aux procès les plus scandaleux, aux vexations les plus intolérables? Tenons-nous-en à la maxime, aussi ancienne que sage, qui protége le *statu quo*, la présomption de propriété ou de liberté qui s'élève en faveur du défendeur [1].

52. C'est surtout en matière criminelle que cette maxime doit être considérée comme sacrée. Toutes les fois que la culpabilité n'est pas bien établie, il serait monstrueux de prononcer une peine. On admettait cependant jadis en France un terme moyen, que nous retrouvons encore dans certaines législations contemporaines. « Les juges », dit Papon (livre XXIV, tit. VIII, n° 1, de son Recueil d'arrêts), « n'ayant en main pour la preuve du maléfice, autre chose « que des indices et des présomptions, ores qu'ils soient « indubitables et véhéments, si ne doivent-ils pas juger à la « vraie et dernière peine, tout ainsi que s'il y avait des

[1] Voyez les notes de M. Rossi sur ce passage de Bentham, dans l'édition de Dumont, à l'endroit cité. Les traducteurs italiens de notre *Traité des preuves* repoussent l'idée de toute présomption antéjudiciaire en faveur, soit du demandeur, soit du défendeur; mais ils arrivent au même résultat que nous, en s'attachant à cette idée que, dans le doute, la preuve n'est point faite par le demandeur.

« témoins déposant l'avoir vu, ains doivent incliner à quelque « *gracieuse* condamnation. » Outre cette erreur, fréquente de tout temps, qui tend à confondre une culpabilité imparfaitement prouvée avec une culpabilité moindre, la peine *gracieuse* ou *extraordinaire* se rattachait intimement aux doctrines de notre ancienne jurisprudence sur la preuve. Ce système paraît surtout avoir prévalu à l'époque où, le procédé inquisitorial tendant à se substituer à l'accusation privée, on se défiait cependant encore du nouveau procédé, et l'on ne prononçait point, lorsqu'il avait été employé, la peine la plus grave, mais une peine inférieure. Lors même que la forme inquisitoriale domina complétement, les tribunaux furent asservis, ainsi que nous le verrons, à la théorie des preuves légales, qui ne permettait point de condamner en l'absence de certaines conditions. Ainsi, pour prendre l'exemple cité par Papon, une condamnation capitale ne pouvait être prononcée sur de simples indices. Le juge, entravé par cette prohibition, se rabattait sur la peine extraordinaire, s'il était moralement convaincu de la culpabilité. On a procédé ainsi en Toscane jusqu'en 1838, en Prusse jusqu'à l'ordonnance du 3 janvier 1849, qui a servi d'introduction à la loi de la même date, instituant la procédure publique et orale, avec le jury. Cette dernière ordonnance (§§ 23 et 118) prescrit l'application de la peine légale, pleine et entière, au cas de déclaration de culpabilité; sinon, la mise en liberté du prévenu. En Autriche, les lettres patentes du 31 décembre 1851 (art. 29 et suiv.) avaient remis en vigueur la peine extraordinaire (voy. Code de pr. pén. de 1853, § 2). Mais la loi du 15 novembre 1857 (page 57, note 1) est conçue dans un tout autre esprit, et nous pensons que cette vieille institution, vivement combattue par M. Mittermaier (*Preuve en matière criminelle*, chap. 69), n'est plus destinée à une longue existence,

même en Allemagne. Condamner ainsi à une peine moindre celui qui, après tout, peut être innocent, c'est là un procédé qu'avait déjà énergiquement réprouvé la raison éclairée de d'Aguesseau : « Cet usage », dit-il dans une lettre du 4 janvier 1739, « est un abus qu'on ne peut tolé-« rer, et que j'aurai soin de réprimer. Ou la preuve d'un « crime est complète, ou elle ne l'est pas : dans le premier « cas, il n'est pas douteux qu'on doit prononcer la peine « portée par les ordonnances; mais dans le dernier cas, il « est aussi certain qu'on ne doit prononcer aucune peine. » Et cependant Jousse (*Just. crim.*, part. III, liv. II, tit. XXV, n° 194) nous raconte avoir vu encore, en 1740, le présidial d'Orléans rendre contre un nommé Barberousse une sentence qui le déclarait *violemment soupçonné* d'assassinat, et *pour réparation* le condamnait aux galères à perpétuité. Les jurés qui, de nos jours, déclarent en pareille hypothèse la culpabilité *avec des circonstances atténuantes*, retombent, par une autre voie, dans le même abus[1]. La raison ni la conscience n'admettent de semblables transactions.

53. C'est dans le même esprit que l'ancienne jurisprudence avait établi d'abord l'acquittement de divers degrés, puis un moyen terme entre l'acquittement et la condamnation[2].

54. Le mode d'acquittement le plus honorable était celui qu'on appelait la *sortie par la galerie*. Il ne pouvait être pro-

[1] Barbacovi, dans un opuscule publié lors de l'établissement du royaume lombardo-vénitien, en Italie, demandait encore que le nombre des voix sur la culpabilité influât sur l'espèce et la qualité des peines. (M. Panattoni, *Rev. crit. de législ.*, tom. XVI, p. 227.) Plus récemment (*Gazette des tribunaux* du 3 juillet 1842), le tribunal suprême de Berne a condamné un homme accusé d'empoisonnement à six années de détention dans une maison de correction, comme étant *véhémentement suspect*. La décision est du 28 mai 1842.

[2] On trouve sur ce point des détails intéressants dans un article de M. Paringault sur *la condamnation aux frais* des procès criminels, dans les cas où il n'intervient pas de répression. (*Revue historique*, tom. V, p. 408.)

noncé que par les Cours supérieures, lorsqu'elles reconnaissent l'injustice de l'accusation. L'accusé sortait alors *par la galerie*, c'est-à-dire était mis immédiatement en liberté en sortant de la chambre du conseil, sans être remis en prison pour y entendre la lecture de l'arrêt, comme au cas d'acquittement ordinaire (Jousse, *ibid.*, n° 103).

55. On comprend jusqu'à un certain point que dans des circonstances particulières, où l'innocence de l'accusé est pleinement reconnue, on veuille lui accorder une honorable satisfaction, suivant le vœu exprimé par certains criminalistes. Ce qui est beaucoup moins admissible, c'est la pratique qui consistait à mettre, au contraire, l'accusé en liberté, mais sans le libérer précisément de l'accusation : « Quelquefois », dit Jousse (*ibid.*, n° 104), « les juges, au « lieu d'élargir un accusé, ordonnent simplement que les « prisons lui soient ouvertes, sans rien ajouter autre chose. « L'effet de ce jugement est que l'accusé ne peut plus être « repris pour le même fait. Il n'y a que les cours supérieures « qui puissent user de cette forme de prononcer, qui à la « vérité ne note point l'accusé, mais qui semble néanmoins « renfermer un avertissement de n'y plus retourner, et au « parlement on n'use ordinairement de ces sortes de pro- « nonciations que dans le cas d'une grande jeunesse de « l'accusé, ou par recommandation de parents très-distin- « gués. »

56. La présomption défavorable à l'accusé faisait un pas de plus lorsque l'on prononçait à son égard la *mise hors de cour*[1]. « S'il y a », dit Jousse (*ibid.*, n° 84), « quelques « preuves, quoique légères, contre l'accusé, on ne doit pas

[1] En matière civile, la mise hors de cour supposait quelquefois une demande peu digne de l'attention de la justice (Merlin, *Répert.*, v° Hors de cour). Quelquefois aussi elle s'entendait d'une déchéance. (Voy. ord. de 1737, tit. I, art. 40, et Cod. de proc., art. 247.)

« le renvoyer de l'accusation, mais seulement le mettre hors « de cour et de procès sur la plainte. Ce jugement ne ren- « ferme pas, à la vérité, une justification de l'innocence de « l'accusé aux yeux du public, à la différence du jugement « qui renvoie ou décharge de l'accusation ; mais il contient « cependant une absolution [1] entière aux yeux de la jus- « tice. » Les anciens criminalistes appelaient la mise hors de cour *infamante de fait*, « parce qu'elle fait sur l'honneur « du condamné », dit Muyart de Vouglans (*Lois criminelles de France*, livre II, titre IV, chap. v, n° 1), « de certaines « impressions qui, sans le flétrir entièrement, ne laissent « pas de le ternir, de manière que l'estime des honnêtes « gens s'en trouve notablement diminuée. » Néanmoins le hors de cour pouvait être conçu dans des termes tels qu'il n'eût rien de blessant pour l'honneur et pour la délicatesse de celui qui en était l'objet, ainsi que cela résulte d'un avis de l'ordre des avocats au parlement de Paris du 21 avril 1777, et d'une lettre du garde des sceaux du 27 juillet 1778. (Voy. Merlin, *Répertoire*, v° Hors de cour, § 3). Rien de pareil heureusement ne se retrouve dans nos codes modernes. Aussi la Cour de cassation a-t-elle cassé, le 18 germinal an X, un arrêt de la Cour de justice criminelle de la Seine qui avait condamné des prévenus acquittés à supporter la moitié des dépens [2], *comme n'ayant pas détruit d'une manière suffisante les imputations qui leur avaient été faites par la plainte*. On ne peut se dissimuler toutefois qu'un arrêt de la même cour, du 22 décembre 1831, dénote un certain

[1] Autrefois, on ne distinguait pas comme aujourd'hui l'*absolution* de l'*acquittement* : cette distinction se rattache à la séparation des pouvoirs de la magistrature et du jury dans l'organisation criminelle moderne. Les ordonnances de 1539 et de 1670 emploient toujours l'expression d'*absolution*.

[2] D'Aguesseau (lettres du 5 février 1730 et du 18 septembre 1734) avait également réprouvé l'ancien usage de condamner aux dépens un accusé mis hors de cour.

retour aux tendances anciennes, en ce qu'il autorise la justice criminelle à mettre les frais à la charge de l'accusé acquitté, s'il y a donné lieu par sa conduite. Un arrêt du 10 janvier 1851 rétablit les véritables principes, en déclarant que l'accusé acquitté ne saurait être réputé avoir *succombé*, aux termes de l'article 368 du Code d'instruction criminelle, sainement entendu.

57. Enfin l'abus le plus grave en cette matière, abus qui se retrouve encore dans le droit commun de l'Allemagne [1], c'est celui qui consiste à tenir l'accusé *in reatu* sans statuer sur son sort. C'était ce qu'on appelait le *plus amplement informé*, institution qui n'était mentionnée ni dans l'ordonnance de 1539, ni dans celle de 1670, mais que la pratique avait introduite au cas de preuve imparfaite [2], lorsqu'il y avait une partie publique en cause, le hors de cour devant être réservé pour le cas où il n'y aurait qu'une partie civile. (Jousse, *ibid.*, n° 87.)

Il y avait le plus amplement informé à temps, qui obligeait l'accusé à garder prison. Le temps variait ordinairement de trois mois à deux ans.

Le plus amplement informé *usquequo* élargissait provisoirement l'accusé, mais laissait subsister indéfiniment l'accu-

[1] A la différence de notre mise hors de cour, l'*absolutio ab instantia*, qui n'a d'effet que *rebus sic stantibus*, permet de reprendre l'instance contre le prévenu. (Voy. M. Mittermaier, *Preuve en matière criminelle*, chap. LXV). Elle a été abolie dans le grand-duché de Bade en 1845, en Autriche par suite du mouvement de 1848, puis rétablie dans ce dernier pays par les lettres du 31 décembre 1851, qui portaient, article 29 : « Les « jugements ne seront rendus que par des juges. On prononcera dans les « affaires criminelles : *coupable, non coupable*, ou *renvoyé de l'accusation*. » Elle y a été supprimée définitivement, nous l'espérons, cette fois, par la loi du 15 novembre 1867. En Prusse, elle a été abolie par l'ordonnance du 3 janvier 1849 (§ 22).

[2] M. Wladimirow (Étude sur l'institution du jury en Russie, *Revue de droit international*, 1871, p. 252) compare ingénieusement l'*absolutio ab instantia* à la suspension du jugement dans l'étude des problèmes historiques.

sation. « On le prononce toujours dans les causes graves », dit Jousse (*ibid.*, n° 89), « pour peu qu'il y ait d'indices « contre l'accusé. »

Le plus amplement informé indéfini avait, en quelque sorte, le caractère d'une peine infamante, puisqu'il frappait l'accusé, bien que mis en liberté, de toutes les incapacités qui résultaient du décret d'ajournement personnel, et quelquefois même de l'incapacité de recevoir (Jousse, part. I, tit. III, n°s 132 et 133). Servan, dans ses observations sur la réforme de la procédure criminelle (citées par Merlin, *Répert.*, v° PLUS AMPLEMENT INFORMÉ, § II), demandait seulement que le plus amplement informé ne fût prononcé que moyennant certaines précautions. Mais cet abus a été aboli complétement par la législation de 1791, et on n'en trouve de vestige que dans le décret du 3 mars 1810 sur les prisons d'État, à l'égard de certains suspects, qu'il n'était convenable, disent les motifs du décret, « ni de faire « traduire devant les tribunaux, ni de faire mettre en « liberté. »

58. Toutefois le principe que la même personne ne peut être reprise pour le même fait, ne s'applique qu'au cas où il y a eu acquittement ou absolution. Un arrêt de non-lieu rendu par la chambre des mises en accusation n'empêche pas de reprendre le prévenu, s'il survient de nouvelles charges (art. 246, C. d'instr. crim.). Un système contraire serait trop défavorable à l'accusation, qui, par cela seul qu'elle aurait suivi quelque temps une fausse voie, se trouverait à tout jamais paralysée. C'est seulement quand l'instruction a suivi toutes ses phases que l'accusé a droit à une décision définitive, qui ne laisse plus planer aucune équivoque sur sa position.

59. Nous ferons observer, pour terminer sur ce point, qu'il y a une nuance bien marquée entre le civil et le cri-

minel, en ce qui touche le défaut de preuve suffisante. Au criminel, il suffit pour l'acquittement que le juge ou le juré n'ait pas une entière conviction de la culpabilité de l'accusé. Rien ne peut suppléer à cette conviction, si elle n'est pas parfaite. Au civil, au contraire, là où les intérêts qui sont en jeu sont purement pécuniaires, la maxime *actore non probante, reus absolvitur*, ne s'applique pas avec la même rigueur. Elle ne s'entend pas du cas où la preuve faite par le demandeur, sans être complète, présente une certaine gravité. On est autorisé alors à compléter la preuve à l'aide du serment supplétoire. L'emploi de ce serment, déjà critiquable en matière civile, serait plus dangereux encore en matière pénale; aussi n'y est-il pas admis par nos lois.

III. QUE PEUT-ON PROUVER?

§ 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LES FAITS SUSCEPTIBLES DE PREUVE.

SOMMAIRE. — 60. Conditions pour l'admissibilité de la preuve. — 61. Nécessité que les faits soient concluants. — 62. Nécessité que la preuve n'en soit pas impossible ou prohibée par la loi. — 63. Impossibilité physique ou morale. — 64. Prohibition de la loi.

60. Les tribunaux ne doivent pas ordonner sans discernement la preuve de tous les faits qu'un plaideur se fait fort d'établir. Les faits proposés doivent être préalablement examinés sous un double point de vue : relativement à la cause en litige, puis en eux-mêmes.

61. Considérés dans leur rapport avec la cause, les faits allégués doivent être *concluants*.

Cette condition d'admissibilité, indiquée par la loi à propos des enquêtes (C. de proc., art. 254), doit évidemment être généralisée; car, si le fait allégué n'est pas de nature, même en le supposant vrai, à faire triompher la partie qui l'allègue, il serait superflu d'en ordonner la vérification : *frustra probatur quod probatum non relevat*.

On dit ordinairement que les faits doivent être à la fois *pertinents* et *concluants*. Mais la première de ces conditions rentre évidemment dans la seconde. Il est clair qu'on doit repousser comme non concluantes les allégations étrangères au litige; seulement, lorsqu'il ne s'agira que de pertinence, il sera généralement facile de décider, tandis que l'on devra procéder avec beaucoup de réserve lorsqu'il s'agira d'apprécier la gravité de faits d'ailleurs pertinents. Avant d'en rejeter la preuve, il faudra examiner avec soin à quels résultats elle peut conduire, en considérant ces faits, non pas isolément, mais dans leur ensemble; il y a telles circonstances qui, insignifiantes si on les prend à part, peuvent, par leur concours, entraîner la conviction, de même que le feu naît du contact de diverses substances qui, prises séparément, ne seraient pas susceptibles de produire ce phénomène. C'est, au surplus, aux juges du fait qu'appartient l'appréciation de l'utilité de la preuve (Rej. 13 juin 1864 et 20 février 1866).

62. Supposons maintenant les faits concluants, il restera à savoir s'ils ne devront pas encore être rejetés d'emblée, soit parce qu'ils sont impossibles en eux-mêmes, soit parce que la loi n'en admet pas la preuve.

63. L'impossibilité mathématique ne peut donner lieu à aucune difficulté. Quant à l'impossibilité physique, qui n'est qu'une extrême improbabilité, nous avons déjà reconnu (n° 25) que les faits qui présentent ce caractère doivent être écartés d'abord, un plaideur ne pouvant soutenir sérieusement qu'un miracle vient d'être opéré en sa faveur. Mais il ne faut pas confondre avec les faits physiquement impossibles ceux qui, sans contrarier les lois de la nature, seraient seulement déviatifs de sa marche ordinaire.

Ainsi, il y a des exemples bien constatés (voy. Bentham, *Preuves judic.*, t. II, livre VIII, chap. VII) de faits que le

vulgaire regarde comme impossibles. La prolongation de l'existence, pendant un temps assez long, dans l'abstinence de tout aliment; la conception de femmes d'un âge avancé, etc., sont des événements qui paraissent miraculeux, mais qui ne sont que déviatifs. On devra être très-circonspect quand il s'agira d'admettre la preuve de pareils faits; mais il n'est pas permis de les rejeter sans examen. Autant il est raisonnable de ne pas admettre dans la pratique ordinaire de la vie l'existence de faits miraculeux, autant il est sage aussi de ne pas déclarer de prime abord impossible un fait, par cela seul qu'il semble extraordinaire, lorsqu'il n'a rien de physiquement impossible [1].

64. Enfin, les faits peuvent être concluants et très-vraisemblables en eux-mêmes, mais d'une nature telle que la loi n'en permette pas la preuve. Nous n'entendons pas parler ici de ceux qui seraient contraires à une présomption légale, comme si l'on voulait faire cesser l'interdiction, en établissant que l'interdit était sain d'esprit lorsqu'il a fait tel ou tel acte. Ces développements, qui anticiperaient sur la matière des présomptions, ne rentrent pas d'ailleurs dans notre sujet actuel. Il ne s'agit point maintenant des empêchements extrinsèques qui peuvent s'opposer à l'administration de la preuve, mais de la nature même des faits à prouver. Or, il est certains faits dont la loi ne peut souffrir la constatation officielle, quelque vrais qu'ils soient d'ailleurs.

En matière civile, notre Code repousse souvent la preuve de faits fâcheux pour la morale. C'est ainsi qu'il défend la recherche de la filiation incestueuse ou adultérine, et même de la paternité naturelle dans presque tous les cas. On ne

[1] La preuve, sans être impossible, pourrait être fort difficile à administrer, comme celle de l'état d'ivresse, allégué pour faire tomber une reconnaissance d'enfant naturel, dix-sept ans après la date de l'acte. (Toulouse, 25 juillet 1863.)

peut s'empêcher d'avouer que le législateur a fait là un bien grave sacrifice à la crainte des procès scandaleux. D'un côté, il prive de toute ressource les enfants issus de pareilles unions, qui ne peuvent rechercher leurs parents ; d'un autre côté, il ouvre la voie aux libéralités volontaires les plus exagérées en leur faveur, puisqu'en ne les reconnaissant pas, on élude toutes les prohibitions. Il semble qu'il se préoccupe plus des apparences que des règles de fond qu'il a établies dans l'intérêt de la société. « Je ne serais pas « éloigné de penser », dit notre honorable collègue M. Demolombe (*Paternité et filiation*, 2e édit., n° 561), « que le « mieux en législation, et lorsqu'il s'agit de gouverner les « hommes, c'est, si j'osais dire ainsi, de les prendre comme « ils sont. Il me paraît très-douteux qu'il y ait beaucoup « d'avantage à ne pas voir ce que tout le monde voit, et à « nier ce qui est certain : on s'expose ainsi à des résultats « choquants, qui mettent cette ignorance affectée de la loi « en contradiction avec l'évidence des faits, et qui produi- « sent un scandale souvent plus grand que la vérité même « qu'on n'a pas voulu reconnaître et qu'on n'a pas pu dissi- « muler. » Ce système si contestable est tout moderne. On n'en trouverait guère de traces dans le droit romain, ni dans l'ancienne jurisprudence.

En matière criminelle, on voit quelquefois le même esprit se reproduire. C'est ainsi que l'inceste demeure impuni, et que l'adultère ne peut être prouvé que par le flagrant délit ou par la correspondance des parties. (C. pén., art. 338.)

Ce qui n'est pas douteux, et ce qui est admis même par des législations moins sévères que la nôtre relativement à la preuve des faits immoraux, comme la loi anglaise (M. Greenleaf, tom. I, p. 332, 333), c'est qu'au cas où la révélation de pareils faits n'intéresse pas la société, mais est simplement provoquée par la curiosité maligne d'un tiers, on doit

la repousser sans hésitation. Ainsi, le juge refusera de donner suite à un contrat dont la condition serait la vérification de la grossesse d'une femme non mariée.

§ 2. DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE DIFFAMATION.

SOMMAIRE. — 65. Distinction de la diffamation et de l'injure. — 66. Doit-on punir la médisance aussi bien que la calomnie? — 67. Doctrine de l'antiquité sur ce point. — 68. Doctrine de notre ancienne jurisprudence. — 69. Législation de l'Angleterre et des États-Unis. — 70. Droit intermédiaire chez nous. — 71. Système du Code pénal en 1810. — 72. Système de la législation de 1819. — 73. Interdiction de la preuve pour les faits de la vie privée. — 74. Règles particulières aux actes de la vie publique. — 75. Immunité complète dans certains cas. — 76. Faculté de prouver la vérité des faits; variations de la législation sur ce point. — 77. Cette faculté existe-t-elle au cas de diffamation purement verbale? — 78. Preuve de la fausseté des faits allégués.

65. Il convient de nous arrêter plus longtemps sur une matière qui a donné lieu, et dans l'ancienne jurisprudence et dans le droit moderne, à de vives controverses : sur l'admissibilité de la preuve des faits allégués de la part de celui qui est prévenu de diffamation.

Précisons bien le point sur lequel porte la difficulté. Dans le système consacré par l'article 13 de la loi du 17 mai 1819, il faut distinguer l'allégation ou imputation[1] d'un fait qui porte atteinte à l'honneur et à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé : ce qui constitue la *diffamation;* et l'expression outrageante, le terme de mépris ou l'invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait : ce qui constitue l'*injure* proprement dite. Cette distinction[2], importante d'ailleurs au point de vue de la pénalité[3] (loi du 17 mai 1819, art. 16-19), est capitale en ce

[1] « *Imputer*, dit M. Courvoisier dans son rapport sur cette loi, c'est affirmer; *alléguer*, c'est annoncer sur la foi d'autrui ou laisser à l'imputation l'ombre d'un doute. »

[2] Elle est fort ancienne, en ce qui touche les libelles diffamatoires, puisque Vinnius nous dit (sur le § 1, Inst., *De inj.*) : « Pro famoso libello « eam solam scripturam haberi in qua objicitur speciale, certum et capitale « crimen. »

[3] Il importe encore, mais seulement au point de vue de la pénalité et de la compétence, d'examiner si l'injure, même non précise, renferme ou non l'imputation d'un vice déterminé (même loi, art. 20).

qui touche l'admissibilité de la preuve. Ainsi qu'on l'a fait remarquer dans l'exposé des motifs du Code pénal, dont les principes ont été maintenus sous ce rapport par la législation de 1819, l'injure une fois constatée, le prévenu n'a aucun moyen de s'affranchir de la peine. Il ne peut être admis ni à prouver, ni à dénoncer à l'autorité judiciaire des faits qui ne sont point précis et qualifiés, par exemple, l'ivrognerie ou la débauche. Et peu importe, à cet égard, que la personne injuriée soit un fonctionnaire public. Cette circonstance aggrave la pénalité (*ibid.*, art. 19) sans permettre d'y échapper par une preuve qu'exclut le caractère vague de pareilles invectives. Une règle commune à la diffamation et à l'injure, c'est que ni l'une ni l'autre ne peut être poursuivie que sur la plainte de la partie lésée (loi du 26 mai 1819, art. 4 et 5). Cette restriction, fondée sur le même motif que l'article 336 du Code pénal, qui borne au mari la faculté de dénoncer l'adultère de la femme[1], laisse à la partie intéressée le soin de rechercher, dans ces matières délicates, si la poursuite n'offre pas plus de danger que le délit même. Enfin, la tendance à éviter le scandale se retrouve dans une disposition de la loi du 9 septembre 1835 sur la presse, qui interdit aux journaux et écrits périodiques de rendre compte des procès pour outrages et injures, et des procès en diffamation où la preuve des faits diffamatoires n'est pas admise par la loi. Abrogée par le décret du 6 mars 1848, cette interdiction a été reproduite par l'article 11 de la loi du 27 juillet 1849.

66. Il faut maintenant nous occuper spécialement de l'hypothèse où la preuve est régulièrement possible, c'est-à-dire

[1] La même restriction se retrouve dans l'article 11 de la loi du 11 mai 1868, qui, en interdisant, à peine de 500 fr. d'amende, toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée, ajoute que la poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie lésée.

où il a été articulé des faits précis, de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération du plaignant. Le législateur doit-il alors punir seulement la calomnie; en d'autres termes, le plaignant sera-t-il admis à se justifier, en établissant la réalité des faits par lui allégués?

C'est là une question fort ancienne, et sur la solution de laquelle les mœurs, les institutions politiques des diverses époques ont nécessairement exercé une grande influence.

67. Les lois de Solon ne punissaient le détracteur qu'autant qu'il ne prouvait pas la vérité de ses allégations. On peut invoquer de graves motifs à l'appui de cette décision : « Le système de la preuve », disait M. de Serre dans l'exposé des motifs de la loi du 17 mai, « est, dans le « vrai, le seul qui soit capable de satisfaire pleine- « ment l'honnête homme calomnié. Le calomniateur, « défié inutilement de prouver ses imputations, n'a plus la « ressource de ses subterfuges ordinaires; il ne peut plus « dire qu'il a cédé trop inconsidérément à la force de la « vérité, à un juste sentiment d'indignation, et que, si le « jugement devait dépendre de l'exactitude des faits, il lui « serait facile de montrer son innocence, en prouvant beau- « coup plus devant les juges qu'il n'a avancé contre la partie « qui le poursuit. Il ne peut alléguer mille présomptions « dont la malignité ne manque jamais de s'emparer et de « faire son profit. En un mot, forcé dans son dernier retran- « chement, la justice éclatante et non équivoque de sa con- « damnation épure entièrement l'honneur de l'offensé, au « lieu d'y porter une nouvelle atteinte, comme il arrive trop « souvent dans ces sortes de causes. » L'illustre orateur ajoute toutefois que ce système suppose des mœurs plus fortes, plus mâles que les nôtres, de véritables mœurs politiques. Il faut aussi reconnaître, pour être juste, que, si les Athéniens supportaient plus facilement que nous la diffa-

mation, c'est qu'ils n'avaient point, ainsi que le prouve suffisamment l'étrange liberté du théâtre d'Aristophane, cette délicatesse qui s'est développée chez les peuples modernes sous l'influence du christianisme.

Cicéron (*De republ.*, lib. IV, cap. x) fait remarquer que les Romains n'ont jamais souffert une pareille licence[1], et il cite une disposition de la loi des Douze Tables qui prononçait la peine de la flagellation[2] contre la diffamation publique, et spécialement contre la publication de poésies ayant un caractère injurieux : « Si quis occentavisset, sive « carmen[3] condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve « alteri. » Quant à l'injure verbale, *convicium*, qui se rapproche beaucoup plus de l'injure dans le sens moderne du mot, on sait qu'elle était punie de peines pécuniaires. Dans tous les textes des auteurs classiques relatifs à l'*actio injuriarum*, rien n'indique la réserve de la preuve au profit de l'auteur de l'injure. Et cette réserve, en opposition avec l'esprit du passage de Cicéron que nous venons de citer, est également démentie par ces vers bien connus d'Horace (*Sat.*, lib. II, sat. I, *in fine*) :

> Si mala condiderit in quem quis carmina, jus est
> Judiciumque. Esto, si quis mala; sed bona si quis
> Judice condiderit laudatus Cærare! Si quis
> Opprobriis dignum latraverit, integer ipse!
> Solventur risu tabulæ : tu missus abibis.

Ces dernières expressions : *solventur risu tabulæ*, indiquent

[1] Voyez sur la diffamation, dans le droit romain, les détails intéressants donnés par M. Grellet Dumazeau, dans son *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*.

[2] Formidine fustis,
Ad bene dicendum delectandumque redacti,

dit un passage d'Horace (*Epist.*, lib. II, epist. I), qui fait penser à la *lex immanis* proposée par Chateaubriand comme contrepoids à la liberté de la presse.

[3] La punition du *carmen famosum* fut étendue par la jurisprudence à tous les écrits diffamatoires. (Paul, *Sent.*, lib. V, tit. IV, § 15.) De là la rubrique du titre X du XLVII[e] livre du Digeste : *De injuriis et famosis libellis*.

assez une absolution extraordinaire, motivée par la bonne renommée du détracteur, tandis que le plaignant avait une réputation détestable; en un mot, une exception qui ne fait que confirmer la règle. Le principe rigoureux était donc, à Rome, dans l'origine, la punition de la médisance aussi bien que de la calomnie[1]. Mais les jurisconsultes romains étaient trop éclairés pour ne point finir par reconnaître qu'il y a des faits dont la révélation intéresse la société. De là ce texte fameux de Paul (L. 18, pr., D., *De injur.*) :

« Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum et « æquum ob eam rem condemnari : peccata enim nocen- « tium nota esse et oportere et expedire. »

Les commentateurs n'ont point vu dans ce texte la reproduction du principe absolu posé par les lois de Solon. Ils l'ont restreint au cas où, comme le dit Vinnius (sur le § 1er, Inst., *De injur.*) : « Id quod objicitur tale est ut publice « intersit illud sciri. » C'est ainsi qu'il résulte implicitement d'un texte d'Ulpien (L. 15, § 13, D., *De injur.*), qu'il n'y avait point injure à traiter de voleur celui qui l'était effectivement. Gordien répond également, en ce qui touche l'imputation de la qualité de délateur (L. 3, Cod., *De injur.*) : « Si non es nunciator, vereri non debes, ne ea propter, quod « injuriæ faciendæ gratia, quidam te veluti delatorem esse « dixerunt, opinio tua maculata sit. » Mais la règle primitive demeurait en vigueur pour les imputations malignes qui ne supposent point chez le diffamé une culpabilité véritable, et qui, par conséquent, n'intéressent point l'ordre général de la

[1] Il faut se garder d'appliquer à la calomnie, telle que nous l'entendons aujourd'hui, les nombreux textes où il est question de *calumnia*. Ce mot était pris dans un sens tout spécial, pour désigner l'action d'intenter un procès de mauvaise foi : ce qui donnait lieu à des peines sévères, tant au civil qu'au criminel (Gaius, *Inst.*, comm. IV, § 174 et suiv.; Valent. et Valens, L. 7, Cod., *De calumniat.*). L'accusateur n'encourait point la peine du talion, comme *calumniator*, par cela seul qu'il n'avait pu prouver les faits de l'accusation, s'il avait eu de justes causes pour agir.

société. Certains interprètes maintiennent néanmoins, même dans le dernier état du droit romain, l'application générale de l'ancienne règle, qu'ils formulent en ces termes : *Veritas convicii non excusat.* Ils se fondent sur un rescrit de Dioclétien, qui forme la loi 5 au Code de Justinien, *De injuriis,* et dont le commencement est ainsi conçu : « Si non convicii « consilio te aliquid injuriosum dixisse probaturus es, fides « veri a calumnia te defendit. » Ils entendent ces dernières expressions comme se référant à la preuve des faits injurieux, et ils en concluent que, pour échapper à la peine de l'injure, il ne suffisait pas de prouver la vérité des allégations, il fallait établir qu'on n'avait pas eu l'intention d'insulter le réclamant. Et comme le rescrit parle ensuite de meurtre (*homicidium*), ainsi interprété il s'appliquerait évidemment même aux méfaits prévus par la loi *Eum qui nocentem,* méfaits dont la révélation intéresse la société. Mais cette interprétation, repoussée par de bons esprits, donne un sens peu naturel à la décision de Dioclétien. L'idée dominante du rescrit, c'est la question de savoir si les paroles injurieuses ont été proférées sans intention, *si probaturus es non convicii consilio dixisse.* Tout porte à croire que la réponse cadre avec la question, et que ces mots *fides veri* supposent simplement que le consultant a réussi à prouver ce qui est par lui articulé, c'est-à-dire l'absence d'intention injurieuse de sa part. Nous pensons donc que cette loi n'a aucun trait à la question de la vérité ou de la fausseté des allégations diffamatoires, et qu'elle se borne à faire l'application du principe incontestable : *Injuria in affectu consistit* (voy. Ulp., L. 3, § 1er, D., h. t.). Un texte bien autrement précis que celui de Dioclétien, c'est la loi 1re au Code Théodosien, *De famosis libellis,* où Constantin dit formellement : « Si quando famosi libelli reperiantur, nullas exinde calum- « nias patiantur ii quorum de factis vel moribus aliquid con-

« tinebunt; sed scriptionis auctor potius requiratur, et « repertus cum omni vigore cogatur his de rebus quas pro- « ponendas credidit, comprobare : nec tamen supplicio, « etiam si aliquid ostenderit, subtrahatur. » Voët a cherché à concilier cette constitution avec la décision de Paul, en observant qu'elle ne statue que sur les libelles diffamatoires, à l'égard desquels la législation romaine, comme la législation anglaise, a toujours déployé une sévérité toute spéciale [1]. Il est plus simple de considérer, avec Godefroi, cette loi de Constantin comme une mesure de circonstance, dirigée contre certains schismatiques, qui poursuivaient de leurs diffamations les chrétiens orthodoxes. Aussi ne retrouve-t-on plus cette constitution dans le Code de Justinien, où le titre *De famosis libellis* se compose d'une constitution unique, rendue par Valentinien et Valens, qui promet, au contraire, honneur et récompense à l'auteur du libelle qui justifiera de la liberté de ses assertions. Mais il faut toujours supposer une révélation de nature à intéresser la société : *Si quis salutis publicæ custodiam gerit*, disent les empereurs. On peut donc considérer comme ayant prévalu dans le dernier état du droit romain, la distinction établie par les interprètes sur la loi *Eum qui nocentem*.

68. La rude franchise des mœurs germaniques devait se rapprocher davantage de la législation athénienne. En effet, la loi salique (titre XXXII), après avoir prévu le cas où l'on aurait adressé à autrui des injures vagues, telles que les qualifications de *renard*, de *lièvre* (*vulpiculum*, *leporem*), ajoute : « Si meretricem, et non poterit adprobare; si de- « latorem, et non poterit adprobare; si falsatorem, et « non poterit comprobare. » Ainsi se trouve consacré le

[1] Du temps de Paul (*Sent.*, lib. V, tit. IV, § 17), on infligeait aux auteurs de libelles une peine extraordinaire, qui ne dépassait point la relégation au Bas-Empire, ils furent frappés de la peine capitale.

droit de prouver les imputations ayant un caractère déterminé, même celles qui ne se rattachent qu'aux mœurs privées.

D'une autre part, notre ancienne jurisprudence s'est trouvée subir une influence diamétralement opposée à celle des mœurs barbares, l'influence du droit canonique. Mus par l'esprit de charité qu'inspire le christianisme, les canonistes condamnent indistinctement la médisance aussi bien que la calomnie. Ainsi, après avoir rappelé l'interprétation généralement admise de la loi *Eum qui nocentem*, Schneidewinus ajoute (*Instit. comm.*, tit. IV, *De injur.*) : « Licet canonistæ teneant regulariter injuriantem, « sive verum sive falsum dicat, sive intersit reipublicæ sive « non, teneri. » C'est cette dernière tendance qui paraît l'avoir emporté décidément dans la pratique. Sans doute, les interprètes du droit romain posaient toujours en principe la distinction puisée dans le texte de Paul ; Carpzovius (*Nov. pract. rer. crimin.*, quest. 96, n° 76) dit formellement : *Quod ipsum tamen limitatur, si reipublicæ expediat convicium manifestari;* quelques-uns même donnaient une singulière extension à la justification puisée dans l'intérêt public, en enseignant qu'il importait de divulguer, soit l'adultère, dont la répression intéresse l'ordre social, soit les maladies contagieuses, dont la propagation est éminemment à craindre [1]. Mais dans les derniers siècles, on s'en tenait généralement à l'adage : *Veritas convicii non excusat.* Ainsi, Domat, qui ne fait habituellement que reproduire les décisions des lois romaines, ne mentionne en aucune manière la loi *Eum qui nocentem*, et dit simplement (*Droit public*, livre III, titre XI, § 13) : « Quoique les paroles injurieuses ne con- « tiennent rien qui ne soit conforme à la vérité, même pu-

[1] On trouve sur ce point de curieux détails dans le livre de M. Grellet-Dumazeau, n° 560.

« blique, on n'est point exempt de la peine d'injure. » Dareau, dans le traité spécial qu'il a publié au dernier siècle sur les injures, s'exprime en ces termes (chap. Ier, sect. 1re, n° 5) : « La justice affecte sagement de regarder les impu-« tations, même les plus vraies, comme autant de calom-« nies, et, sans s'expliquer davantage, elle les punit sui-« vant que la vérité en est plus ou moins apparente par « elle-même, sans permettre à l'accusé, si ce n'est bien « rarement, de vérifier la réalité des imputations pour « motif d'excuses. » En conséquence, un arrêt du parlement de Paris du 16 avril 1670 a déclaré punissable, quoique vraie, l'imputation de *faussaire* faite à un greffier; et, par un arrêt du 15 décembre 1679 [1], un particulier qui en avait appelé un autre *banqueroutier*, fut condamné, bien que le fait fût vrai, à demander pardon à l'offensé [2]. Le seul cas où Dareau autorise la preuve, c'est celui où il s'agit de faits dénoncés par un mémoire à l'autorité supérieure (*ibid.*, chap. x, sect. II, n° 11), ce qui rentre jusqu'à un certain point dans la faculté d'intenter une action judiciaire, faculté qui n'a jamais pu être contestée. Enfin l'ancienne jurisprudence avait déjà consacré, à l'égard du barreau, le droit de s'exprimer avec une liberté sans laquelle le ministère de l'avocat deviendrait impossible. « Il est des espèces », disait

[1] Dareau signale toutefois comme *singulier* un arrêt du 8 octobre 1610, qui a mis hors de cour un *fils de pendu*, se plaignant d'avoir été qualifié tel.

[2] Les injures verbales ne donnaient généralement lieu qu'à une amende et à des réparations. Quant aux libelles diffamatoires, les ordonnances de nos rois les punissaient avec une excessive rigueur. On connaît l'arrêt du 7 avril 1712, qui condamna Jean-Baptiste Rousseau à un bannissement perpétuel pour des vers scandaleux et diffamatoires à lui imputés. En vertu d'autres arrêts rendus aussi par le parlement de Paris, en 1584 et en 1586, les auteurs de libelles contre le roi furent brûlés avec leurs écrits sur les degrés du palais. Le fait seul d'avoir *attaché, semé ou vendu* des libelles diffamatoires, était puni, par la déclaration du 17 janvier 1561, du fouet, et de mort en cas de récidive; l'édit de janvier 1556 prononçait immédiatement la peine de mort. Cette terrible sanction se retrouvait encore dans le Code pénal publié en 1723 par Victor-Amédée, fondateur de la monarchie sarde.

en 1707 l'avocat général Portal, « où l'on ne peut défendre « la cause sans offenser la personne, attaquer l'injustice « sans déshonorer la partie, expliquer les faits sans se ser- « vir de termes durs, seuls capables de les faire sentir et de « les représenter aux yeux des juges. Dans ce cas, les faits « injurieux, dès qu'ils sont exempts de calomnie, sont la « cause même, bien loin d'en être les dehors; et la partie « qui s'en plaint doit plutôt accuser le déréglement de sa « conduite que l'indiscrétion de l'avocat. »

69. Suivant la législation anglaise, il faut distinguer, quant à la faculté de prouver la vérité des allégations injurieuses, entre la diffamation verbale (*slander*) et le libelle. Dans le premier cas, où l'action civile est seule ouverte, suivant le vieux droit germanique, la calomnie seule est punie. « Si je puis prouver », dit Blakstone (voy. la traduction de M. Chompré, livre III, chap. VIII, avec les notes de M. Christian), « que le commerçant est un banquerou- « tier, le médecin un charlatan, l'homme de loi un fripon « et le théologien un hérétique, les actions respectives in- « tentées par eux seront détruites; car quoiqu'il puisse ré- « sulter de l'imputation un dommage notable, néanmoins, « si le fait est vrai, il y a *damnum absque injuria;* et lorsqu'il « n'y a pas d'injure, la loi n'accorde pas de réparation. » Que s'il s'agit de libelle [1], le droit commun anglais n'admettait point, s'ils étaient poursuivis par la voie criminelle, la preuve de la réalité des faits, cette réalité ne faisant point cesser l'atteinte portée par le libelle à la paix publique, d'où la maxime de lord Mansfield : Plus le fait est vrai, plus le libelle est outrageant (*the more the truth, the more the*

[1] Le *libelle,* en Angleterre et en Amérique, s'entend de tout mode de publication, par écrit, imprimé ou non, signe, peinture, etc. (Voyez les statuts revisés du Maine, chap. 165, § 1) : ce qui présente une extrême analogie avec les modes signalés par l'article 1er de la loi du 1er mai 1819.

libel). Mais un statut récent (Stat. 6 et 7, Vict., chap. 96, § 6) permet à l'inculpé de justifier devant le jury de la vérité des faits allégués. En Amérique (M. Greenleaf, tom. III, pag. 180 et suiv.), on est parti de l'ancien principe anglais ; mais il a été peu à peu modifié ou abrogé par les statuts particuliers des divers États de l'Union. Un point sur lequel on est d'accord, c'est que la preuve de la vérité des imputations est toujours admissible, lorsqu'il s'agit d'un intérêt public, *where the matter is proper for public information*, ainsi que l'admet, comme nous allons le voir, la législation française de 1819. L'acte du congrès du 14 juillet 1798, qui consacre ce principe, bien que n'ayant eu qu'une application transitoire, a autorité sur ce point, comme raison écrite.

70. Arrivons à notre législation moderne. Dans le droit intermédiaire, il n'y avait aucune disposition répressive, soit de la diffamation, à moins qu'elle ne dégénérât en insulte [1] (loi du 22 juillet 1791, titre II, art. 7, 3°) ; soit de la calomnie, à moins qu'elle ne dégénérât en faux témoignage, crime prévu par le Code pénal de 1791 comme par le Code pénal actuel ; ou qu'il ne s'agît de lettres anonymes tendant à accuser certaines personnes d'attentat contre la sûreté de l'État (décret du 6 floréal an II). Sauf ces cas exceptionnels, il ne pouvait y avoir lieu, même pour la calomnie, qu'à l'action civile, et l'on sait que nos mœurs répugnent à poursuivre une réparation purement pécuniaire des délits portant atteinte à l'honneur. « Il est résulté de là », dit M. Faure dans l'exposé des motifs du Code pénal, « que la « calomnie n'a pas été suffisamment réprimée, et que l'en« vie ou la haine n'ont pas craint d'attaquer la réputation « des hommes les plus recommandables. Depuis longtemps

[1] Nous ne parlons pas de la simple injure verbale, punie alors comme aujourd'hui de peines de simple police (Code du 3 brumaire an IV, art. 605).

« on désirait que le législateur mît un frein à de tels « excès. »

71. Le système du Code pénal de 1810 consistait à réprimer nominativement la seule calomnie ; mais il comprenait par le fait, sous le nom de calomnie, la plus grande partie des médisances. Et en effet, l'article 368 de ce Code réputait fausse toute imputation à l'appui de laquelle la preuve légale ne serait point rapportée, et l'article 370 ne permettait d'admettre comme preuve légale que celle qui résulterait d'un jugement ou de tout autre acte authentique. Enfin les articles 372 et 373 réservaient au prévenu la faculté de dénoncer les faits imputés, s'ils étaient punissables suivant la loi, sauf à subir la peine de la *dénonciation calomnieuse*[1], au cas où il aurait sciemment cherché à induire la justice en erreur.

Ce système manquait de franchise en ce qu'il punissait comme calomnie la divulgation de faits, même notoires (art. 368), s'ils n'étaient pas légalement prouvés. D'autre part, il allait trop loin, en ce qu'il ne distinguait pas entre les actes authentiques destinés à la publicité et ceux qui doivent demeurer secrets, ainsi que le disait au conseil d'État le comte de Ségur, en demandant la répression de la simple médisance : « La loi ne doit pas souffrir qu'on « produise les actes de l'état civil pour révéler la honte « d'une malheureuse qui a eu un moment de faiblesse. » Trop large quant à la preuve des faits de la vie privée[2], la législation de 1810 était, au contraire, d'une rigueur into-

[1] Ici la qualification de *calomnieuse* s'entendait encore dans le même sens que la *calomnie* du droit romain.

[2] En Belgique, pour les actes de la vie privée, le Code pénal de 1867 (art. 443 et suiv.) distingue la calomnie de la diffamation proprement dite, qui suppose la preuve du fait établie par un acte authentique, et qui n'est punie qu'autant que l'auteur de la divulgation a agi sans aucun motif d'intérêt public ou privé et dans l'unique but de nuire.

lérable en ce qui concerne les actes des fonctionnaires publics. Il n'était point permis de signaler les malversations, les concussions, les abus de pouvoir les plus évidents, si l'on ne pouvait accomplir la condition véritablement dérisoire d'en justifier par acte authentique. Et c'est cependant pour les faits de cette nature que l'on doit dire avec Paul : « Peccata nocentium nota esse et expedire et oportere. » On reconnaît là d'une manière bien sensible les tendances ombrageuses du gouvernement impérial, peu favorable à la liberté de la presse.

72. Une importante réforme a été opérée dans cette matière par la législation de 1819. La loi du 17 mai 1819 (art. 13) qualifie, nous l'avons déjà dit, de *diffamation* toute imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur et à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. Toutefois la diffamation, suivant l'étymologie de ce mot, suppose la publicité : en conséquence, l'imputation la plus précise, par cela seul qu'elle n'est point publique, est considérée comme une injure de la nature la moins grave et punie de peines de simple police[1]. (*Ibid.*, art. 13; C. pén., art. 375, 376.) Mais en pareille hypothèse l'injure diffamatoire, comme l'injure proprement dite (n° 65), exclut la preuve de la vérité des faits injurieux, même lorsqu'il s'agit d'un fonctionnaire public; car, s'il est permis de critiquer la conduite des agents de l'autorité, c'est seulement lorsqu'on le fait d'une manière ouverte et loyale. Il faut donc supposer une diffamation publique pour qu'il y ait lieu, soit

[1] Toute peine même cesserait si l'injure verbale avait été provoquée (C. pén., art. 471, 11°) : ce que décide pour toute offense le nouveau Code pénal de l'Allemagne du Nord (art. 199). Dareau (*Traité des injures*, chap. x. sect. x, n° 13) voulait que la provocation, en cas d'injures verbales, permît d'établir que les faits allégués étaient notoires ou du moins prouvés par écrit. Aujourd'hui, en dehors de ce cas, la provocation pourrait seulement être considérée comme une circonstance atténuante.

à appliquer les peines édictées contre la diffamation (Cass., sect. réun., 11 février 1839), soit à examiner si le prévenu doit être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires. En ce qui touche cette grave question de l'admissibilité de la preuve, la législation de 1819 établit une ligne de démarcation bien tranchée entre les faits de la vie privée et ceux qui concernent les personnes ayant agi dans un caractère public. Parlons d'abord de la diffamation purement privée, qui donne lieu à de moins graves difficultés.

73. A cette diffamation s'applique dans toute sa force l'article 20 de la loi du 26 mai 1819, portant : « Nul ne « sera admis à prouver la vérité des faits diffamatoires. » Ce système, après tout, est le plus conforme à nos mœurs[1]. « Malgré toute l'attention la plus scrupuleuse sur soi-même », dit Dareau (*Traité des injures*, chap. 1er, sect. 1re, n° 4), « il » n'est personne qui ne succombe quelquefois à des fai- » blesses particulières, personne à qui l'on ne puisse faire » des imputations mortifiantes. L'intérêt de la société exige » donc que l'on demeure tranquille sur la conduite de son » semblable, et qu'on songe à sa propre réputation sans dé- » chirer celle d'autrui. » Il n'est donc plus permis aujourd'hui de révéler des méfaits ou des malheurs privés, lors même qu'ils sont constatés de la manière la plus authentique. Ainsi, le tribunal correctionnel de la Seine, le 17 décembre 1831, a jugé diffamatoire la qualification de *vieux forçat* donnée à un individu pour rappeler la condamnation aux travaux forcés qu'il avait subie : l'intérêt social défend de rouvrir de pareilles plaies, qu'il importe, au contraire,

[1] Il n'a cependant pas été professé d'une manière aussi absolue qu'on le pense généralement par l'illustre Royer-Collard, lors de la discussion de la loi du 26 mai 1819. L'orateur n'a point professé comme son opinion personnelle la doctrine que *la vie privée doit être murée*. Il a seulement dit, en constatant la théorie de la loi (Ch. des députés, 28 avril 1819) : « Voilà la vie privée *murée*, si je puis me servir de cette expression; elle est déclarée invisible, elle est renfermée dans l'intérieur des maisons. »

de cicatriser. Ainsi, suivant la doctrine professée par le rapporteur de la loi du 17 mai 1819, l'allégation malicieuse de pertes éprouvées par un négociant peut être poursuivie comme portant atteinte, sinon à son honneur, du moins à sa considération. L'ancien Code prussien admettait (C. pén. de 1851, § 157) la preuve de la vérité des faits prétendus diffamatoires; aujourd'hui, le Code pénal promulgué en 1870 pour l'Allemagne du Nord (art. 192), reconnaît que l'offense peut dans tous les cas ressortir des circonstances de la cause.

Cependant, quelque rigoureux que soit le système de notre législation, il ne faudrait pas en exagérer la portée, et autoriser, par exemple, l'action en diffamation contre celui qui appelle *voleur* l'homme qui vient d'être condamné pour vol, ou *courtisane* la femme inscrite sur les registres de la police[1]. Telle n'était point la pensée des auteurs de la loi du 17 mai, qui ont voulu, suivant l'exposé des motifs présenté par M. de Serre, empêcher la divulgation « des « faits dont la publication causerait un dommage réel, fus- « sent-ils d'ailleurs vrais. » S'ils n'ont point reproduit la disposition de l'article 367 du Code pénal, quant aux faits *dont la loi autorise la publicité*, c'est qu'ils ont craint qu'on n'en abusât pour révéler malicieusement des condamnations expiées, contrairement à la doctrine de Vinnius (sur le § 1er, Inst., *De injur.*) et à l'ancienne pratique (n° 68). Mais ils n'ont pu considérer comme diffamation l'allégation de faits d'une évidence palpable, tels que ceux que nous venons de signaler. Suivant les principes généraux du droit pénal, rappelés lors de la discussion de 1819, la diffamation, comme tout délit caractérisé, suppose tout à la fois l'intention de

[1] C'est seulement aux femmes d'une vertu équivoque qu'il est défendu d'adresser pareille qualification, suivant l'ancien adage : « Mulieri quæ non « palam et passim, sed paucis sui facit copiam, competit injuriarum actio « adversus eum qui eam meretricem vocavit. » (Boerius, decis. 125.)

nuire et le dommage causé à autrui[1]. Or, la qualification de voleur, par exemple, adressée à un homme qui vient d'être condamné pour vol, n'est de nature à lui occasionner aucun préjudice. C'est en ce sens que M. de Serre disait (même exposé des motifs) : « Il n'y a point diffamation, suivant la définition de la loi pénale, à répéter un fait généralement notoire, et bien moins lorsque cette notoriété prend sa source dans la publicité des actes de l'autorité. » Ajoutons enfin que, dans le cas même où il y a diffamation punissable, la vérité ou la fausseté des faits imputés est loin d'être une circonstance indifférente, ainsi que l'a reconnu M. de Broglie dans son rapport à la Chambre des pairs sur la loi du 17 mai; lorsque les juges seront intimement convaincus qu'il y a calomnie, ils appliqueront le maximum des peines légales, un an d'emprisonnement et deux mille francs d'amende, tandis qu'une médisance légère sera seulement passible d'une amende de vingt-cinq francs (loi du 17 mai 1819, art. 18). Mais aucune distinction ne saurait être faite pour l'application de l'article 11 de la loi du 11 mai 1868, qui interdit (voy. page 64, note 1) toute publication dans un écrit périodique relative à un acte de la vie privée. La rédaction primitive, qui n'incriminait que les *allégations malveillantes*, a été repoussée comme laissant trop de place à l'arbitraire. Heureusement, cette disposition, ne pouvant être invoquée que par la partie intéressée, est fort peu appliquée dans la pratique.

Il y a là une contravention matérielle, indépendante du plus ou moins de vérité des faits allégués. Quant à la diffamation, l'interdiction de la preuve, étant d'ordre public, ne saurait être détruite, même par le consentement du plai-

[1] A cet égard, l'appréciation appartient exclusivement aux juges du fait, ainsi que l'a décidé l'arrêt de rejet du 17 mai 1858, relatif à la fameuse affaire du *miracle de la Salette* (voy. aussi Rej. 29 février 1870).

gnant (trib. civil de la Seine, 27 décembre 1843 et 7 février 1846).

Au surplus, le législateur de 1819, comme celui de 1810, réserve à l'auteur de l'imputation la faculté de dénoncer les faits punissables selon la loi, et cette dénonciation une fois formée, il est sursis à la poursuite et au jugement du délit de diffamation (loi du 26 mai 1819, art. 25). Ce n'est point ici seulement l'application du principe de droit commun, suivant lequel l'exercice de l'action civile se trouve suspendu par celui de l'action publique (C. d'instr., art. 3). Lors même que le ministère public déclarerait ne point vouloir donner suite à la dénonciation, le prévenu, par cela seul qu'il se porte dénonciateur, se place sous l'empire du principe qui a dicté la loi *Eum qui nocentem*, et s'il s'expose à encourir la peine de la dénonciation calomnieuse, il a, par contre, l'avantage de ne pouvoir être poursuivi pour simple diffamation. C'est ce qui résulte du texte général et absolu de l'article 25 de la loi du 26 mai 1819, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, le 8 décembre 1837 et le 5 juillet 1844. Mais, s'il s'agit d'une accusation criminelle, dont il n'est point permis à l'auteur de l'imputation de saisir la Cour d'assises, l'action en diffamation demeurera-t-elle indéfiniment paralysée par le sursis? Telle serait, sans doute, la conséquence des principes généraux qui consacrent l'indépendance de l'action publique. Et cependant le plaignant a droit à obtenir justice; et pour le prévenu, d'une autre part, l'instruction sur la dénonciation, comme le dit l'arrêt de 1844, est un moyen de défense. Il faut donc reconnaître que le ministère public est ici tenu exceptionnellement de saisir de l'affaire le juge d'instruction, puis la chambre des mises en accusation, sauf à conclure comme il le jugera convenable. Un arrêt de cassation, du 11 novembre 1842, semble décider le contraire; mais il statue sur une

hypothèse particulière, où l'initiative appartenait exclusivement au procureur général, et il ne faut y voir qu'une exception, qui confirme la règle.

74. Arrivons à ce qui concerne la vie publique. Il importe de distinguer, à cet égard, le cas où l'exercice soit des droits constitutionnels, soit de la libre défense devant les tribunaux, entraîne immunité complète pour les discours et écrits, quel que soit d'ailleurs le plus ou moins de vérité des faits allégués, et le cas où le prévenu est admis à se justifier en établissant la vérité de ces faits.

75. Sous le premier point de vue, ni les discours tenus dans les assemblées législatives (décret du 2 février 1852, art. 9), ni les rapports ou pièces publiés par ordre de ces assemblées, ne sauraient donner lieu à aucune action, sauf, en cas d'excès, l'exercice du pouvoir disciplinaire confié au président. La même immunité ne s'étend pas aux délibérations des conseils généraux, d'arrondissement et municipaux [1]. Ces délibérations, ayant pour objet des intérêts d'un ordre plus positif, n'admettent point les récriminations passionnées que la liberté de discussion nous oblige à tolérer dans les débats purement politiques : c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, notamment par arrêts du 8 novembre 1844, du 17 mai 1845 et du 22 janvier 1863. Quant aux réunions préparatoires où les électeurs examinent les titres des candidats, il est certain qu'aucun texte n'accorde d'immunité absolue aux discours qui y sont prononcés. Mais ce serait évidemment mettre obstacle au plein et entier exer-

[1] Pour les conseils municipaux, il y aurait une sorte d'immunité, aux termes de l'article 60 de la loi du 22 décembre 1789, si l'on interprétait cet article comme le fait le Conseil d'État (arr. du 18 mai 1854, du 17 août 1866 et du 25 mai 1870), en ce sens que le préfet seul aurait qualité pour annuler la délibération du conseil municipal. Mais cette doctrine, réprouvée par la Cour de cassation (Cass., 22 janvier 1863), est combattue par la plupart des auteurs. (Voy. M. Reverchon, *Revue critique* de 1867, p. 112.)

cice du droit électoral, que de ne point admettre au sein de ces réunions la discussion de toutes les circonstances défavorables aux candidats qui s'y présentent : la liberté de l'éloge emporte celle du blâme. Tant pis pour le commerçant failli auquel on reproche les pertes subies par ses créanciers, pour le condamné dont on vient à révéler les antécédents judiciaires! Ils n'avaient qu'à ne point se découvrir, en quelque sorte, en venant se présenter aux suffrages de leurs concitoyens. Il en serait autrement des allégations qui ne s'attaqueraient point directement à la personne du candidat, comme si l'on diffamait sa femme ou sa fille; alors nulle excuse tirée de l'intérêt général ne serait invocable. Au surplus, il ne faut pas perdre de vue qu'aucun principe sur ce point n'ayant été posé dans nos lois, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si la discussion s'est renfermée dans une juste mesure (Rej., 11 mai 1843). En fait, lorsque la fausseté de l'imputation sera établie, le candidat obtiendra facilement une condamnation, le mensonge et la fraude n'ayant droit à aucune immunité. C'est ainsi qu'en 1832 M. Duncombe, membre de l'opposition radicale en Angleterre, qualifié dans le *Morning-Post* d'*homme convaincu d'escroquerie*, se justifia d'une manière éclatante et fit condamner l'électeur qui l'avait calomnié. On peut appliquer à notre droit les paroles prononcées, à cette occasion, par lord Denmann, à la cour du Banc de la Reine : « Je sais « que, si l'on doit accorder à la presse quelque liberté sur « les personnes, c'est lorsque ces personnes aspirent à de- « venir membres du Parlement; il faut tolérer alors des di- « vulgations de la vie privée qui, en tout autre cas, seraient « condamnables. Mais ici, il faut convenir que le plaignant « a justifié son action plus qu'il n'était tenu de le faire. Non- « seulement il a prouvé que les allégations insérées dans le

« *Morning-Post* portaient atteinte à son honneur, mais en-« core que les faits étaient entièrement faux. »

Une immunité plus ancienne (n° 68) est celle qui est accordée au barreau, sauf l'exercice du pouvoir disciplinaire du tribunal saisi, pouvoir correspondant à celui du président d'une assemblée législative vis-à-vis des membres de cette assemblée. La législation de l'Empire, peu favorable aux avocats, avait réservé l'action contre eux en cas de *calomnie grave* [1]. (C. pén., art. 377.) Celle de 1819, plus libérale, ne fait de réserve qu'en ce qui concerne soit les faits diffamatoires étrangers à la cause, soit le droit des tiers. (Loi du 17 mai 1819, art. 23.) Les difficultés auxquelles peut donner lieu l'application de cette disposition n'ont point trait à notre sujet.

76. Arrivons à l'hypothèse qui a soulevé les questions les plus délicates, à celle où le prévenu est admis à la preuve. Le siége de la matière est l'article 20 de la loi du 26 mai 1819, ainsi conçu :

« Nul ne sera admis à prouver la vérité des faits diffama-« toires, si ce n'est dans le cas d'imputation contre des dé-« positaires ou agents de l'autorité, ou contre toute personne « ayant agi dans un caractère public, de faits relatifs à leurs « fonctions. Dans ce cas, les faits pourront être prouvés « par-devant la Cour d'assises par toutes les voies ordinaires, « sauf la preuve contraire par les mêmes voies. La preuve « des faits imputés met l'auteur de l'imputation à l'abri de « toute peine sans préjudice des peines prononcées contre « toute injure qui ne serait pas nécessairement dépendante « des mêmes faits. »

[1] Aujourd'hui encore l'immunité ne saurait s'appliquer à la *dénonciation calomnieuse*, délit beaucoup plus grave que la diffamation, et qui ne rentre jamais dans les nécessités de la cause (Rej., 1er mars 1860). Mais elle est applicable aux discours et écrits produits en bureau de conciliation (Rej., 9 novembre 1868 et 4 mars 1869).

Il est bien entendu, ainsi que l'indique suffisamment le texte, que la faculté de la preuve s'attache à la nature des actes et non à la qualité des personnes; que dès lors la vie privée des fonctionnaires est protégée contre la diffamation aussi bien que celle des particuliers, et qu'à l'inverse, le particulier agissant dans un caractère public, fût-ce, autrefois, un simple garde national (Rej., 5 août 1831), est considéré comme fonctionnaire [1]. Cette distinction est également importante pour ce qui touche la compétence, sous l'empire de la législation de 1819, rétablie, comme nous allons le voir, en 1871, la diffamation relative aux faits de la vie publique étant jugée par la Cour d'assises, du moins lorsqu'elle est commise par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, tandis que la diffamation purement privée a toujours été jugée par les tribunaux correctionnels. (Loi du 26 mai 1819, art. 13 et 14.)

Cette double garantie de la faculté de la preuve et de la compétence du jury, accordée à la liberté de la presse, n'a point été facilement acceptée par les fonctionnaires publics. D'abord, réagissant contre le mouvement libéral qui avait amené la législation de 1819, la loi du 25 mars 1822 (art. 17 et 18) rétablit la juridiction correctionnelle pour toute diffamation, et défendit de jamais établir par témoins la réalité des faits diffamatoires : système un peu plus large que celui du Code pénal, puisqu'il n'exige point un acte authentique (voy. n° 71), mais qui, pour bien des faits dont on ne peut administrer la preuve par écrit, rend illusoire la faculté de la preuve. Puis, lorsque le système de 1819 eut été remis en vigueur par l'article 5 de la loi du 8 octobre 1830, sans attaquer directement ce système, on chercha à l'éluder.

[1] Mais l'expert, même lorsqu'il est commis par le juge d'instruction, n'agit point *dans un caractère public*. (Trib. de la Seine, 26 janvier 1870.)

Afin de soustraire à la compétence du jury l'action en diffamation à raison d'attaques dirigées contre les fonctionnaires par la voie de la presse, on invoqua le principe consacré par le Code d'instruction criminelle (art. 3), qui permet d'exercer l'action civile, au choix de la partie, soit devant le jury saisi de l'action publique, soit séparément. Or, dit-on, la diffamation étant un fait préjudiciable au fonctionnaire (C. civ., art. 1382), donne ouverture pour lui à une action civile; cela est si vrai que la loi du 26 mai 1819 elle-même (art. 29) fixe à six mois la prescription de l'action publique, et à trois ans la prescription de l'action civile contre les délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication. En conséquence, la Cour de cassation décidait par de nombreux arrêts que le fonctionnaire diffamé pouvait, au lieu de saisir la Cour d'assises, s'adresser aux tribunaux civils pour réclamer des dommages-intérêts. Et comme les magistrats de la Cour d'assises représentent la juridiction civile, la même Cour jugeait, par application des règles de la procédure pénale (C. d'instr. crim., art. 358 et 359), qu'après un verdict, même négatif, du jury, la Cour, faisant droit sur l'action civile, était fondée à allouer au plaignant des dommages-intérêts, et même à prononcer la suppression de l'écrit. Si telle était la conséquence des principes généraux du droit pénal, il faut avouer qu'une pareille jurisprudence se trouvait en opposition manifeste avec la volonté exprimée par le législateur lors de la discussion de 1819, de n'attribuer à la magistrature que la connaissance de la diffamation privée, ou du moins de la diffamation verbale, et de réserver à une juridiction ayant un caractère plus libéral, à celle du jury, la connaissance des diffamations relatives à la vie publique, lorsqu'elles étaient commises par un mode quelconque de publication. Ce conflit entre les principes généraux de la pénalité et

l'esprit de la législation spéciale se compliquait encore par les difficultés d'application que présentait le système admis par la jurisprudence. L'action civile, même portée devant les tribunaux civils, devait comporter la faculté pour le prévenu de prouver la vérité des faits allégués. Mais comment administrer cette preuve? L'enquête non publique devant un juge-commissaire n'offrant point au prévenu les mêmes garanties que l'enquête publique devant la Cour d'assisse, telle qu'elle était organisée par la loi du 26 mai (art. 21 et 22), on en venait à décider qu'il fallait faire une enquête sommaire à l'audience. Il y avait dans tout cela bien de l'arbitraire, et les systèmes, plus ou moins ingénieux, imaginés par les auteurs pour résoudre le problème, ne faisaient que rendre plus sensible la nécessité de l'intervention du législateur. Or, tandis que la Cour de cassation, contrairement aux conclusions du procureur général, persévérait dans sa jurisprudence, peu favorable à la liberté des écrivains, les événements de 1848 donnèrent momentanément gain de cause à la presse, et la question de compétence fut tranchée en sa faveur par un décret du gouvernement provisoire, en date du 23 mars 1848 [1], ainsi conçu :

« Les tribunaux civils sont incompétents pour connaître « des diffamations, injures ou autres attaques dirigées par « la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication « contre les fonctionnaires ou contre tout citoyen revêtu « d'un caractère public, à raison de leurs fonctions ou de

[1] Les articles 83 et 84 de la constitution de 1848 étaient conçus dans le même esprit. Le projet de constitution allait plus loin, il attribuait au jury la connaissance de tout délit commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication. Mais il n'y avait point un intérêt sérieux à soumettre au jury les questions de diffamation purement privée, où la preuve des faits diffamatoires n'est point admise. Aussi la législation de 1819 avait-elle été implicitement maintenue, par le renvoi que faisait l'article 83 aux lois organiques pour déterminer la compétence en matière de délits d'injures et de diffamation contre les particuliers.

« leur qualité. Ils renvoient devant qui de droit toute action « en dommages-intérêts fondée sur des faits de cette nature. « — L'action civile résultant de délits commis par la voie de « la presse ou par toute autre voie de publication contre les « fonctionnaires ou contre tout citoyen revêtu d'un caractère « public, ne pourra, dans aucun cas, être poursuivie sépa- « rément de l'action publique. Elle s'éteindra de plein droit « par le seul fait de l'extinction de l'action publique. »

Il importe de remarquer néanmoins que le législateur de 1848 n'avait point consacré l'opinion absolue qui allait jusqu'à supprimer l'action civile. Cette action n'était point détruite; seulement, elle devait être portée devant la Cour d'assises, qui se trouvait alors directement saisie en vertu de la plainte de la partie lésée : autrement, cette partie eût été exposée à un véritable déni de justice. Il était demeuré constant que le plaignant pouvait obtenir, mais du jury seulement, des dommages-intérêts, lors même que l'on avait résolu négativement la question de culpabilité; car il peut y avoir une diffamation assez blâmable pour donner lieu à des réparations civiles, sans être assez grave pour entraîner une condamnation pénale.

La constitution de 1852 n'avait point reproduit les dispositions de la constitution précédente en faveur de la liberté de la presse, et notamment celle qui, transformant le jury en juridiction civile, l'appelait seul, pour les faits ou délits de presse, à statuer sur les dommages-intérêts (const. de 1848, art. 84). Le régime impérial, qui tendait, au contraire, à entourer les fonctionnaires publics d'une protection toute spéciale, devait avoir pour conséquence logique le rétablissement, en cette matière, de la législation de 1822. Aussi le décret du 13 février 1852 avait-il supprimé de nouveau (art. 28) la faculté de prouver par témoins la réalité des faits diffamatoires, en même temps qu'il rétablissait

(art. 25), pour tous les délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, la compétence des tribunaux de police correctionnelle, abolie d'abord en 1819, puis en 1830. La chute du régime impérial a amené, par une réaction salutaire, un retour à la législation libérale de 1819, de 1830 et de 1848. La loi du 15 avril 1871 a rétabli pour les délits de presse la compétence des Cours d'assises, aux termes de la loi de 1819. Elle admet, en conséquence, devant le jury (art. 3), la preuve de la vérité des faits diffamatoires[1], en cas d'imputation contre les dépositaires ou agents de l'autorité, à l'occasion de faits relatifs à leurs fonctions, ou contre toute personne ayant agi dans un caractère public, à l'occasion de ses actes. La loi de 1871, voulant également empêcher le fonctionnaire d'éluder la compétence de la Cour d'assises, reproduit (art. 4) le principe posé par le décret du 23 mars 1848, en déclarant que l'action civile résultant des délits à l'occasion desquels la preuve est permise, ne pourra être poursuivie séparément de l'action publique et s'éteindra de plein droit, par le seul fait de l'extinction de cette action. Mais le législateur de 1871 ajoute cette restriction équitable (art. 4) que, si l'action publique est devenue impossible, dans le cas de décès de l'auteur du fait incriminé ou d'amnistie, la personne diffamée recouvrera l'exercice de l'action civile.

77. Telles sont les règles sur la preuve des faits diffamatoires en ce qui touche l'action civile intentée à raison de la diffamation commise par un mode quelconque de publication. Mais que faut-il décider quant à la diffamation commise également contre des fonctionnaires, mais purement verbale? La connaissance en appartient évidemment

[1] Mais non point des faits injurieux, bien que cette loi (art. 2, 2° et 3°) reconnaisse la compétence de la Cour d'assises pour l'injure publique aussi bien que pour la diffamation concernant les fonctionnaires.

à la juridiction correctionnelle, aux termes de l'article 14 de la loi du 26 mai 1819, reproduits par l'article 2 de la loi du 15 avril 1871. Mais la juridiction correctionnelle doit-elle emporter pour le prévenu l'interdiction de la preuve? Nous avions admis la négative sous l'empire des législations précédentes. Nous pensions que, dans la loi de 1819, il fallait distinguer les règles sur la preuve, qui étaient absolues, et les règles sur la compétence, qui variaient suivant le caractère de la diffamation. Nous faisions remarquer que, dans la séance du 27 avril 1819, Royer-Collard, après avoir rappelé que, dans le système de la loi, la vie privée était murée, ajoutait : « Si vous muriez la vie publique, vous reconnaîtriez que la puissance publique est le domaine du « fonctionnaire, un champ qu'il peut labourer comme il lui « plaira, sans que le champ puisse murmurer, puisqu'il est « la propriété de celui qui le laboure. » Eh bien, le droit de *murmurer* n'emporte-t-il pas celui d'attaquer, même verbalement, les actes des fonctionnaires? Nous pensions dès lors que la preuve des faits diffamatoires devait être également admise devant la juridiction correctionnelle, surtout sous l'empire de l'article 28 du décret du 17 février 1852, qui, n'autorisant plus la preuve par témoins des faits diffamatoires, levait les difficultés que faisait naître l'administration de la preuve testimoniale devant les juges correctionnels. Mais notre opinion a été repoussée par la Cour de cassation, même sous l'empire de la législation de 1848, essentiellement favorable au principe de la libre discussion des actes de l'autorité (arrêts des 31 janvier, 9 mars et 12 août 1850); et cette jurisprudence, sous le régime impérial, a été confirmée par un arrêt de cassation rendu, toutes chambres réunies, le 28 décembre 1868. Indépendamment de l'argument de texte, tiré de ce que la loi de 1819, comme aujourd'hui celle de 1871 (art. 3), n'autorise la preuve de la vérité

des faits que devant la Cour d'assises, la Cour suprême pose en principe que « la diffamation verbale, due le plus sou- « vent à un mouvement d'irritation, se renfermant d'ailleurs « dans un cercle étroit, dans une localité restreinte, a non- « seulement moins de gravité, sous le double rapport de « l'intention de son auteur et du préjudice qu'elle peut cau- « ser, mais que, de plus, dans presque tous les cas, elle ne « présente aucun intérêt politique. » Aujourd'hui nous pensons que la loi de 1871 (art. 2, 3°), en substituant pour la compétence des tribunaux correctionnels l'expression d'*injure* grave à celle de *diffamation*, que portait le projet de loi, a eu l'intention d'interdire la preuve, qui n'est jamais recevable en matière d'injures (n° 65), et a par conséquent donné autorité législative à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Ce qui n'est pas douteux, c'est que, toutes les fois qu'il y a outrage fait publiquement d'une manière quelconque à un de ces agents à raison de ses fonctions ou de sa qualité, par exemple lorsqu'un magistrat a été insulté sur son siége, l'auteur de l'outrage tombe sous le coup d'une pénalité spéciale, établie par l'article 6 de la loi du 25 mars 1822, et il ne peut se justifier au moyen d'une preuve quelconque. Nous ne sommes dans les termes de la législation spéciale sur la diffamation, qu'autant que les imputations dirigées contre le fonctionnaire n'ont été accompagnées d'aucune expression injurieuse, d'aucun terme de mépris, d'aucun geste de nature à les faire dégénérer en outrage : circonstances qui se présenteront fréquemment dans une diffamation purement verbale. Aussi faut-il reconnaître qu'en fait, dans plusieurs des espèces où la jurisprudence a refusé d'admettre la preuve, il y avait de justes motifs pour ne point l'autoriser, aux termes de la loi de 1822, quelque interprétation que dût recevoir d'ailleurs celle du 26 mai 1819.

78. Lorsque la loi autorise la preuve des faits allégués, nul doute que le plaignant ne puisse en établir la fausseté, comme le prévenu peut en établir la vérité. Mais lorsqu'il s'agit de faits dont la loi interdit la preuve au prévenu, on a prétendu que le plaignant doit être reçu à justifier qu'il a été calomnié, l'interdiction de la preuve établie en sa faveur ne devant point être retournée contre lui. Un arrêt de rejet du 2 février 1827 a écarté cette réclamation, bien qu'assez équitable, une preuve sans contradiction possible n'étant point admissible en justice.

APPENDICE.

DE LA DIFFAMATION ENVERS LES MORTS.

SOMMAIRE. — 79. Importance de la question. Impossibilité de distinguer entre la médisance et la calomnie. — 80. Admissibilité de l'action civile, au nom des héritiers. — 81. Historique. — 82. Législation d'Athènes. — 83. Véritable sens de la législation romaine. — 84. Doctrine du seizième siècle. — 85. Législation anglaise. — 86. Code pénal de 1810. — 87. Réfutation de l'argument tiré des articles de nos Codes sur la mémoire des défunts. — 88. Mais cette mémoire est loin d'être indifférente aux peuples chrétiens. Sanction civile suffisante. — 89. Législation de 1819. — 90. Discussion du texte. — 91. Examen de l'esprit des lois de 1819. — 92. Prétendu danger des duels pour la défense des morts. — 93. Droits de l'histoire. — 94. Dispositions du Code pénal belge et de celui de l'Allemagne du Nord sur la calomnie envers les morts.

79. La législation sur la diffamation, dont nous venons d'esquisser les principaux traits au point de vue qui nous occupe, cette législation qui n'admet que si difficilement, et vis-à-vis des fonctionnaires publics seulement, la preuve de la vérité des faits diffamatoires, protége-t-elle les morts aussi bien que les vivants[1]? C'est là une grave question, où se trouvent en jeu deux intérêts également respectables : l'intérêt de la famille, demandant à défendre le plus sacré

[1] Le lecteur consultera avec intérêt, sur ce sujet, quelques pages de M. Amédée Lefèvre-Pontalis, sous ce titre bien choisi : *De la liberté de l'histoire.*

de tous les patrimoines, l'honneur d'un époux ou d'un père décédé, et l'intérêt social, qui veut, pour l'édification de la postérité, que certains faits soient attachés au pilori de l'histoire, suivant le texte de Paul cité plus haut : *Peccata nocentium nota esse et oportere, et expedire.*

Cette dernière considération cesserait d'être applicable si la question était posée uniquement sur le terrain de la calomnie. Nous dirions alors, sans hésiter, avec l'arrêt de la Cour de Paris du 17 avril 1858, dans l'affaire des Mémoires du duc de Raguse, que « si les jugements de l'his-« torien, quelque contraires qu'ils soient à la conscience « publique, ne relèvent que de l'opinion, c'est à la condition « que le mensonge n'entrera point dans son œuvre. » L'historien qui aurait avancé un fait faux, pourrait seulement justifier de sa bonne foi, de son erreur invincible, mais la présomption serait contre lui.

Malheureusement, la législation de 1819 ne comporte point cette distinction, faite par la raison et par l'équité, entre la médisance et la calomnie. Ou bien il faut appliquer d'une manière absolue le vieil adage : *De mortuis nihil nisi bonum*, et qualifier de diffamation, vis-à-vis d'un mort, aussi bien que vis-à-vis d'une personne vivante, toute imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la *personne* ou du corps auquel le fait est imputé (loi du 17 mai 1819, art. 13); ou bien il faut reconnaître que le législateur de 1819 n'a eu en vue que les personnes vivantes, et que dès lors les imputations, vraies ou fausses, qui s'adressent à un défunt, rentrent purement et simplement dans le domaine de l'histoire. Rien de plus net d'ailleurs, à cet égard, que l'espèce sur laquelle a statué la première fois la Cour de cassation par l'arrêt du 24 mai 1860, puisque les faits relevés comme diffamatoires étaient établis par des pièces dont la sincérité n'était point contestée, et

que ce qui était le plus accablant pour les héritiers, c'était l'authenticité même de la diffamation.

80. Sous un autre point de vue, la question se présentait également d'une manière bien tranchée. On admet sans difficulté que l'action en diffamation est fondée toutes les fois que l'injure faite au défunt rejaillit sur les héritiers, ainsi que l'a décidé notamment la Cour de Paris, le 20 mars 1859. Nous verrons même tout à l'heure que les jurisconsultes romains, et d'après eux les criminalistes du seizième siècle, n'entendaient accorder action aux héritiers qu'à ce titre. D'ailleurs, dans cette hypothèse, indépendamment de la législation spéciale, les héritiers seraient toujours fondés à intenter une action purement civile, aux termes de l'article 1382 du Code civil, ainsi que l'a encore jugé la Cour de Paris, dans l'arrêt de 1858, relatif aux Mémoires du duc de Raguse. Rien de pareil dans l'espèce jugée par la chambre criminelle, en 1860. La Cour de Paris, par l'arrêt du 19 mars 1860, avait souverainement décidé en fait, et son appréciation n'a pas été contredite sur ce point, que les imputations dont se plaignaient les héritiers « n'étaient « point dirigées contre eux personnellement ; qu'elles « s'adressaient uniquement à la mémoire de leur auteur; « qu'ainsi la cause présentait à décider uniquement la ques- « tion de droit, de savoir si la diffamation d'un mort est « prévue et punie par nos lois. » Dans l'espèce qui a été jugée par toutes les chambres de la Cour de cassation, le 1er mai 1867, la question ne se présentait point avec la même netteté. Il s'agissait de propos diffamatoires adressés dans des lieux publics à la fille même du défunt, et les sections réunies ont pu, sans s'associer à la doctrine plus absolue de la chambre criminelle, constater que « l'outrage « dirigé contre la mémoire du défunt retombait nécessaire- « ment sur ses enfants et avait pour résultat de les léser. »

81. La question ainsi posée et limitée, avant de l'aborder directement, disons quelques mots de l'historique de la matière.

82. On sait que, dans les temps primitifs, on attachait une extrême importance à la mémoire des morts, au culte des ancêtres. Cet esprit se retrouve dans la législation athénienne sur la diffamation. « Athènes », dit M. Plougoulm (rapport du 24 mai 1860), « où la tribune était si libre, le « théâtre si plein de sarcasmes et de licence, Athènes res- « pectait profondément les morts. Solon, qui lui avait en- « seigné la vraie liberté par ses lois politiques, n'avait pas « négligé, chose remarquable, la mémoire des morts; tant « pour lui ce respect tenait aux mœurs publiques, y main- « tenait un sentiment pur, moral, élevé. Il défendait de dif- « famer un mort, d'en dire jamais du mal, même quand ses « enfants auraient, par des injures, provoqué la diffamation. »

83. La législation romaine, que l'on a quelquefois citée, notamment devant la Cour de cassation, comme consacrant un principe identique, est loin de s'exprimer dans les mêmes termes. Elle donne action aux héritiers, mais en leur propre nom, à raison de l'injure faite, soit au cadavre, soit à la mémoire du défunt. *Et si forte,* dit Ulpien (L. 1, § 4, D., *De injur.*), *cadaveri defuncti fit injuria, cui heredes bonorumve possessores exstitimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem: spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat injuria. Idemque et si fama ejus cui heredes exstitimus, lacessatur.* Et Ulpien n'ajoute point, comme le lui font dire certains commentateurs, que c'est parce que l'héritier continue la personne du défunt. Cette idée serait inconciliable avec le principe élémentaire posé par ce même jurisconsulte (L. 13, pr., D., *ibid.*) : *Injuriarum actio neque heredi neque in heredem datur.* Puisque l'appréciation de l'injure est toute personnelle, les héritiers ne sauraient avoir action *ex persona de-*

functi. On ne voit pas, du reste, que les franchises de l'histoire, qui ont été fort loin à Rome, y aient jamais donné ouverture à une action pénale.

84. Les légistes du seizième siècle ont reproduit les principes de la législation romaine, en accordant action aux héritiers en leur propre nom, pour l'injure faite à leurs auteurs. *Injuria defuncto facta, heredi facta videtur, et hoc nomine ipsi datur actio* (Carpzovius, *Nov. pract. rer. crim.*, quest. 96, n° 29). Il y a, sans doute, quelque chose de trop absolu dans cette fiction; l'injure faite au défunt peut être telle qu'elle ne rejaillisse point sur l'héritier; il n'en est pas moins important de remarquer que l'action, en principe, n'appartenait aux héritiers qu'en leur propre nom, et telle paraît avoir été l'idée dominante dans notre ancienne jurisprudence.

85. Tel est également le principe de la législation anglaise, où M. Starkes[1] nous dit dans un ouvrage spécial, *On the law of slander and libel* (voy. n° 69) : « Un libelle qui « attaque une personne décédée peut motiver une accusa- « tion, s'il est publié avec l'intention malveillante d'injurier « sa famille et sa postérité, et de les exposer au mépris et à « la honte » (*if it be published with the malevolent purpose to injure his family and posterity, and to expose them to contempt and disgrace*). Dans un ouvrage publié en 1858 à Boston (*Comm. on the crim. law*, tom. II, § 809), où M. Bishop invoque des précédents anglais à l'appui de la doctrine commune à la Grande-Bretagne et aux États-Unis, il cite des paroles de lord Kenyon, *chief-justice*, qui n'admet la poursuite qu'autant que l'on a agi *to vilify the memory of the deceased, and with a view to injure his posterity*.

Le droit commun de la Prusse n'admettait les poursuites

[1] Nous empruntons cette citation à l'excellent ouvrage de M. Chassan sur *les délits de la parole et de la presse*.

pour calomnie envers les morts qu'autant que les imputations calomnieuses étaient de nature *à porter atteinte en même temps à l'honneur ou à la considération des héritiers*. Mais nous verrons (n° 94) que le Code pénal de Allemagne du Nord a admis, bien qu'avec certaines réserves, l'action en diffamation *ex persona defuncti*.

86. Pour en venir aux dispositions de notre législation moderne, l'article 367 du Code pénal de 1810 est ainsi conçu : « Sera coupable du délit de calomnie celui qui, soit « dans des lieux ou réunions publics, soit dans un acte au- « thentique et public, soit dans un écrit, imprimé ou non, « qui aura été affiché, vendu ou distribué, aura imputé à un « individu quelconque des faits qui, s'ils existaient, expo- « seraient celui contre lequel ils sont articulés à des pour- « suites criminelles ou correctionnelles, ou même l'expose- « raient seulement au mépris ou à la haine des citoyens. »

L'*individu* diffamé, sous l'empire de cette disposition, était bien un individu vivant, puisqu'on supposait qu'il pouvait être exposé à des poursuites criminelles ou correctionnelles. La Cour de Paris a donc pu poser cette thèse, dans son arrêt du 19 mars 1860, qui n'a pas été attaqué sous ce rapport, « qu'avant les lois de 1819, qui réglementent la « répression en fait d'injure ou de diffamation, il est incon- « testé que les imputations à la mémoire d'une personne « décédée n'étaient l'objet d'aucune disposition répres- « sive. »

87. Ce point est important à constater, d'abord parce qu'il faudrait une disposition bien précise dans les lois de 1819 pour créer un délit là où il n'en existait point. Mais, de plus, reconnaître que le législateur de 1810 n'a pas entendu protéger l'honneur des morts par une pénalité, c'est faire tomber tout l'échafaudage des inductions que l'arrêt de cassation du 24 mai 1860 tire péniblement de certains

textes de nos Codes, relatifs à la mémoire des défunts[1]. Qu'importe, en effet, que l'article 360 du Code pénal punisse la violation de sépulture; que l'article 727 du Code civil frappe d'indignité les héritiers indifférents au meurtre de leur auteur; que les articles 1046, 1047 du même Code punissent l'injure du légataire envers la mémoire du testateur; que l'article 447 du Code d'instruction réhabilite en certains cas la mémoire du condamné? Il est inutile de s'arrêter à établir qu'un jugement historique, même passionné, n'a rien de commun avec une violation de sépulture; que prescrire aux héritiers de ne point rester indifférents au meurtre de leur auteur, aux légataires de ne pas être ingrats envers celui qui les gratifie, ce n'est nullement obliger toute personne, à peine de prison et d'amende, à respecter la mémoire du défunt, quel qu'il soit; qu'autre chose est la réhabilitation du condamné innocent, autre chose est une sorte de canonisation civile, accordée à tout défunt, innocent ou coupable. Le législateur de 1810 s'est chargé lui-même de repousser toutes ces inductions, en rédigeant l'article 367 du Code pénal de manière à exclure évidemment l'action des héritiers pour diffamation.

88. Tout ce que l'on peut induire avec raison des articles de nos Codes, invoqués dans l'arrêt du 24 mai, c'est que le législateur ne s'est pas montré insensible aux attaques dirigées contre la mémoire des morts. Et, à cet égard, nous pensons que M. Chassan (*Traité des délits de la parole et de la presse,* tom. I, n° 493), en soutenant d'ailleurs les saines doctrines de la matière, a été trop loin quand il a représenté les textes anciens allégués en faveur du droit des héritiers comme « en harmonie avec les idées des sociétés

[1] Ces arguments n'ont pas été reproduits dans l'arrêt de cassation rendu, toutes sections réunies, le 1er mai 1867, dont le rédacteur s'attache à établir que les héritiers ont été personnellement lésés par la diffamation adressée à leur auteur.

« antiques, où le culte des morts était entouré de tant de « soins, de tant de vénération »; et surtout quand il ajoute : « Les idées chrétiennes, avec leur spiritualisme et leur mé- « pris de la matière, ont changé les mœurs sur ce point « comme sur bien d'autres. C'est ainsi que le culte des « morts a perdu de son empire, et que la mémoire même « des personnes qui ne sont plus a cessé d'être l'objet de la « sollicitude spéciale des législateurs modernes. »

C'est là une assertion erronée, par laquelle M. Chassan a préparé un facile triomphe à ses adversaires [1]. Sans doute les païens attachaient plus d'importance que nous au culte matériel des morts, si l'on peut s'exprimer ainsi, c'est-à-dire au tombeau, et encore le dogme de la résurrection des corps prouve-t-il que le christianisme ne professe point pour la matière ce mépris absolu qu'on voudrait lui prêter. Ce qui n'est pas douteux, c'est que nulle part la mémoire des personnes décédées n'a été plus vénérée que dans la religion catholique, qui établit une touchante communion entre les vivants et les morts. Oui, la mémoire d'un père est pour ses enfants un patrimoine sacré; mais elle est suffisamment défendue, à notre avis, par l'action civile, qui permet d'obtenir, outre les dommages-intérêts, la suppression de l'écrit diffamatoire [2]. Cette sanction, que l'on trouve aujourd'hui insuffisante, était loin de paraître telle sous l'empire de la législation qui déférait au jury les délits de la presse, puisque l'on reprochait, nous l'avons vu (n° 76), aux fonctionnaires d'arriver indirectement, par l'action civile, au même résultat que par l'action publique! Chez les Romains, que l'on cite si souvent en cette matière, l'indemnité pécuniaire obtenue par l'action *injuriarum* a suffi long-

[1] Voyez la réponse énergique et pleine de sens moral que lui adresse, sur ce point, le rapport de M. Plougoulm.

[2] C'est ce qu'a fait la Cour de Paris dans l'affaire des Mémoires du duc de Raguse.

temps pour la répression de l'injure, même adressée aux vivants, puisque ce n'est que fort tard (Hermogène, L. ult., D., *De injur.*) que l'on a introduit une poursuite extraordinaire et des peines proprement dites.

89. Arrivons au texte et à l'esprit de la législation de 1819.

90. L'article 13 de la loi du 17 mai 1819 définit la diffamation « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte « atteinte à l'honneur ou à la considération de la *personne*, « ou du corps auquel le fait est imputé. »

Suivant les arrêts du 24 mai 1860 et du 23 mars 1866 rendus par la chambre criminelle, le mot *personne* comprend les vivants et les morts, la loi ne distinguant pas. Cette allégation sur l'étendue de la signification de l'expression légale ne nous semble pas répondre suffisamment aux motifs de l'arrêt cassé, suivant lequel « ce mot, dans le langage « du droit, et surtout du droit répressif, ne désigne jamais « qu'une personne vivante; pour admettre qu'il dési- « gnât également un individu décédé ou la mémoire qu'il a « laissée, il faudrait dépasser toutes les limites de l'inter- « prétation des lois en matière criminelle. » Il serait étrange que ce mot *personne* eût une acception plus étendue dans le texte de 1819, que n'en avait dans celui de 1810 celui d'*individu quelconque*, que l'on eût pu, d'une manière plausible, appliquer aux morts, si la suite de la définition ne s'y fût opposée. D'ailleurs, comment une innovation aussi grave se serait-elle introduite par un simple changement de rédaction, lorsque, dans la discussion si approfondie de la législation de 1819, il n'y a pas été fait la plus légère allusion? L'arrêt du 24 mai 1860 se fonde sur un autre argument de texte, l'article 5 de la loi du 26 mai 1819, qui, ne donnant pas au diffamé seulement, mais *à la partie qui se prétendra lésée*, le droit de porter plainte, s'applique, dit-on, par cela même, à l'héritier. Mais cet argument, auquel la Cour de

Paris n'a point répondu, parce qu'il paraît n'avoir pas été produit devant elle, se trouve réfuté par le législateur de la Restauration lui-même[1]; l'article 17 de la loi du 25 mars 1822, en attribuant au ministère public le droit de poursuivre d'office certains délits de diffamation, ajoute : « Néanmoins, « la poursuite n'aura lieu d'office dans le cas prévu par l'ar- « ticle 12 de la loi du 17 mai 1819, et dans celui de diffa- « mation ou d'injure contre tout agent diplomatique étran- « ger, accrédité auprès du roi, ou contre tout particulier, « que sur la plainte ou à la requête soit du souverain ou du « chef du gouvernement qui se croira offensé, soit de l'agent « diplomatique ou du *particulier qui se croira diffamé ou « injurié.* »

La loi n'a donc pas eu en vue l'héritier qui se croit *lésé* indirectement, mais celui qui se croit personnellement *diffamé* ou *injurié.* Si la loi du 25 mai 1822, en tant qu'elle attribuait à la police correctionnelle les délits de la presse, a été abrogée par la loi du 8 octobre 1830, aujourd'hui elle-même abrogée (n° 76), l'autorité du texte, comme interprétation de la pensée du législateur, n'en subsiste pas moins tout entière. A cet égard, l'arrêt du 1er mai 1867 ne reproduit point la doctrine de la chambre criminelle. Il se contente de déclarer que, « sans qu'il soit besoin d'examiner « dans l'espèce si le mot *personne,* employé dans l'article 13 « de la loi du 17 mai 1819, comprend la personne du dé- « funt, il est clair que cette expression s'applique dans « toute sa force à la personne de l'enfant plaignant, pour « qui l'injure, s'étendant du mort au vivant, est devenue un « fait personnel. »

91. Passant maintenant du texte à l'esprit de nos lois sur

[1] Cette importante observation a été faite par M. Gilbert, dans la critique qu'il adresse à l'arrêt dont nous discutons la doctrine (Devilleneuve, 1860, part. I, pag. 657 et 658).

la diffamation, il nous paraît difficile de comprendre qu'on invoque, à l'appui de cette interprétation extensive du mot personne, *l'esprit de la législation de* 1819. Il ne s'agit point, en effet, de la législation du premier Empire, empreinte d'une excessive sévérité pour la presse, et qui n'admettait la preuve de la vérité des faits imputés aux fonctionnaires publics qu'à la condition d'en justifier par acte authentique; il s'agit de la législation la plus libérale, qui a soumis au jury les délits commis par voie de publication, et qui a admis la preuve même par témoins de la vérité des faits imputés aux fonctionnaires. Il est invraisemblable, *à priori*, qu'à une époque où des doctrines aussi larges avaient prévalu, les hommes d'État éminents sous l'influence desquels a été rédigée et discutée cette partie de nos lois, aient voulu introduire une innovation aussi grave, sans qu'aucun indice révèle une pareille intention de leur part. Allons maintenant au fond du système de 1819 : l'idée dominante de ce système, empruntée à la doctrine des Romains sur l'action d'injures, c'est que la plainte en diffamation est essentiellement personnelle. C'est à la partie en butte à la diffamation à apprécier s'il n'est pas plus sage de mépriser la calomnie, au cas où l'imputation est mensongère, et, au cas où elle est fondée, de laisser cicatriser la blessure, plutôt que de la raviver par un procès. L'héritier, qui peut n'avoir pas des sentiments aussi élevés que le défunt, et qui, dans tous les cas, ne connaît pas aussi bien les faits, ou peut même y être entièrement étranger, n'est point en position de faire cette appréciation avec autant de discernement; ne peut-il pas arriver souvent que, par un zèle maladroit, il compromette la mémoire qu'il aura voulu défendre?

Enfin, comme l'a fait observer la Cour de Paris, les héritiers peuvent être en désaccord : que faire, si l'un veut intenter l'action, prétendant que la mémoire du défunt

réclame une réparation, tandis que l'autre regarde le silence comme à la fois plus prudent et plus respectueux pour cette mémoire [1]? Le tribunal prononcera, a-t-on répondu; mais cette décision est en opposition manifeste avec l'esprit de la législation de 1819, puisqu'elle substitue l'appréciation de la magistrature à celle des parties intéressées. L'arrêt du 24 mai 1860 refuse de tenir compte de cette grave difficulté, en affirmant que le nombre des héritiers ne peut avoir pour effet de détruire un droit de poursuite *existant par lui-même et reconnu par la loi*. Mais c'est là une pétition de principe. Il faudrait bien passer outre, si la loi était formelle; mais elle est loin de l'être. Le regrettable M. Plougoulm a été plus franc dans son rapport, lorsqu'il a parlé d'une *sage et utile violence faite à la loi*: expressions étranges, qui n'auraient jamais échappé à la sagesse du préteur romain, et qui ont soulevé de vives réclamations de la part des membres les plus éclairés de la magistrature [2].

92. L'arrêt du 24 mai invoque sous un autre point de vue l'esprit de la législation de 1819; il déclare que « les « raisons de moralité publique, de paix entre les citoyens, « qui ont fait garantir par la loi le respect de la réputation « d'autrui, ne s'arrêtent point aux limites de l'existence « humaine. » Mais cette crainte de combats singuliers pour la défense de l'honneur des morts, par laquelle on s'est efforcé de rattacher la doctrine nouvelle à la jurisprudence constante de la Cour de cassation en matière de duel, nous paraît singulièrement exagérée. De deux choses l'une : ou les héritiers sont personnellement lésés, et alors ils ont l'action civile, qui est complétement suffisante; ou ils ne le sont pas, et alors, loin de les voir prendre les armes pour

[1] On sait que, dans l'affaire Dupanloup, certains héritiers se sont abstenus.

[2] M. Lafontaine, conseiller à la Cour d'Orléans, a exprimé sur ce point, dans la *Revue critique* (tom. XVII, p. 111), une opinion qui est loin de lui être personnelle.

venger l'injure personnelle de leur auteur, on sera peut-être obligé d'agir auprès d'eux pour les déterminer à porter plainte, ainsi qu'on affirme que les choses se sont passées dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 24 mai 1860.

93. La part ainsi faite aux héritiers, il faut bien songer à ce qui touche le plus la société dans cette question, aux droits de l'historien, lequel, comme le dit fort bien la Cour de Paris, « dans un intérêt social de l'ordre le plus élevé, « ne doit pas être réduit à ne pouvoir prononcer un mot « sans s'exposer à une poursuite criminelle. » A cette difficulté capitale, qui a frappé les personnes les plus étrangères à la jurisprudence, que répond l'arrêt du 24 mai?

« Que la limite imposée à la diffamation ne peut en aucun « cas devenir une gêne pour l'historien; que le juge peut « toujours reconnaître la bonne ou la mauvaise foi de l'écri- « vain, apprécier le but de ses jugements ou de ses atta- « ques, ne pas confondre les nécessités et les franchises de « l'histoire avec la malignité du pamphlet, et enfin ne trou- « ver le délit que là où il rencontrera l'intention de nuire. »

Sans doute, pour mériter l'estime des contemporains et de la postérité, l'historien doit écrire avec modération, *sine ira et studio*, comme le dit Tacite; nous nous associons, à cet égard, aux justes éloges qu'a donnés, dans son rapport, M. Plougoulm à l'*Histoire du Consulat et de l'Empire*. Mais si, au lieu de la sage impartialité de M. Thiers, on trouve chez lui la passion de Saint-Simon, faudra-t-il donc le traduire devant les tribunaux, au lieu de déférer ses jugements à la conscience publique? Où est la limite qui sépare l'histoire du pampblet?

Avec la jurisprudence que nous combattons, Dante ne pourrait publier aujourd'hui son *Enfer*, sans s'exposer aux peines de dix-huit mois de prison et de trois mille francs d'amende pour diffamation envers des fonctionnaires pu-

blics (loi du 17 mai 1819, art. 16)! Et pour ne pas aller chercher des exemples aussi anciens, prenons l'*Histoire des Girondins*, par M. Granier de Cassagnac. Dans la liste nominative des assassins de septembre, qu'il y a publiée, l'intention de nuire à la mémoire de ces misérables n'est pas douteuse chez l'historien. Autoriserait-on cependant leurs héritiers à porter plainte? Dès qu'on se retranche dans la nature des faits, dans le caractère des personnes, on sort de l'esprit de la législation de 1819, qui ne permet point qu'on appelle :

Un chat un chat, et Rollet un fripon.

Admissible pour les vivants dans un intérêt de paix publique, cette doctrine devient intolérable si on l'applique aux morts. Mais il faut bien l'appliquer, dès que l'on part du principe que le législateur de 1819 ne distingue pas.

Le juge appréciera, nous dit-on. Rien de mieux que l'appréciation du juge pour fixer la portée des conventions, la quotité des dommages-intérêts, etc.; mais lorsqu'un droit intéresse la société, et celui de l'historien a évidemment ce caractère, il faut quelque chose de précis, et c'est le cas de dire avec Bacon : *Optima lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis.* Les écrivains ne trouveront pas toujours une juridiction aussi favorable que la Cour de Paris, posant en principe, dans l'arrêt du 17 avril 1858, sur les Mémoires du duc de Raguse, que, « lors même que cessant d'être un « juge incorruptible, et manquant aux devoirs d'impartialité, « de probité, de vérité qui sont l'âme de l'histoire, l'écri- « vain distribue l'éloge ou le blâme au gré de sa passion et « de ses ressentiments, ses jugements, quelque contraires « qu'ils soient à la conscience publique, ne relèvent que de « l'opinion. » Si une autre Cour admet une jurisprudence plus rigoureuse, quelle sera la ressource de l'historien? Vai-

nement se pourvoira-t-il devant la Cour de cassation, puisque les juges du fait ont seuls qualité pour constater s'il y a eu intention de nuire.

La seule limite que pose aux droits de l'historien la Cour de Paris dans ce même arrêt, c'est que *le mensonge n'entre jamais dans son œuvre*. Ici nous voilà ramenés directement à notre sujet, à la preuve de la vérité des faits allégués. Il est déjà fort sévère de poursuivre la calomnie dans l'histoire; mais poursuivre le récit de la vérité! La distinction a pu être faite dans l'arrêt de 1858, parce qu'il s'agissait de l'action purement civile, pour laquelle l'article 1382 laisse au juge la plus grande latitude. Mais l'action ouverte par la législation de 1819 a un tout autre caractère. En cette matière, la preuve de la vérité des faits imputés est complétement interdite lorsque le plaignant est un particulier, et lorsque c'est un fonctionnaire public, il est assez étrange d'obliger l'historien, même pour les époques les plus reculées, à justifier de la vérité de ses allégations. Vouloir qu'indéfiniment un héritier à un degré quelconque puisse provoquer des pénalités sévères contre l'écrivain qui aura révélé à la postérité les faits, soit de la vie privée, soit de la vie publique de son auteur, c'est faire à l'historien une position vraiment intolérable [1]. L'arrêt du 24 mai 1860 ne saurait prévaloir en jurisprudence sans qu'il en résultât des conséquences qui rendraient indispensable l'intervention du législateur.

94. Suivant le Code pénal belge de 1867, et suivant celui de l'Allemagne du Nord de 1870, une action pénale appartient aux héritiers, sans qu'ils aient à justifier d'un préjudice personnel, et en cela ces Codes s'éloignent de la doctrine ancienne, qui a prévalu en Angleterre (n° 85),

[1] C'est déjà beaucoup d'admettre avec la Cour de cassation (arr. du 23 mars 1860) que celui qui a été une fois fonctionnaire public est protégé pendant toute sa vie par les dispositions spéciales du Code pénal, pour les outrages qui lui seraient adressés à raison de ses anciennes fonctions.

et se rapprochent de la jurisprudence de la Cour de cassation; mais ils se séparent de cette jurisprudence en un point essentiel. Ils ne veulent point que l'action appartienne aux héritiers à l'infini. L'article 450 du Code belge prend un moyen terme, en donnant action, soit au conjoint survivant, soit aux ascendants et aux descendants, jusqu'au troisième degré, soit, à défaut de ceux-ci, aux héritiers légaux jusqu'au troisième degré. L'article 189 du Code pénal de l'Allemagne du Nord borne le droit de poursuite au conjoint et aux parents en ligne directe; il ne punit que la calomnie, et non la simple médisance envers les morts (n° 79). Ce système ne nous semble point le meilleur à tous égards; nous préférons le système radical de la législation anglaise, qui n'admet point une action pénale fondée uniquement *ex persona defuncti;* mais, comparativement à la doctrine de l'arrêt du 24 mai 1860, ce système serait un notable progrès. Toutefois, la réserve des motifs de l'arrêt rendu par les sections réunies, le 1er mai 1867, fait assez voir que la Cour de cassation hésite à consacrer les idées qui ont prévalu devant la chambre criminelle.

IV. APPLICATION DES PRINCIPES SUR LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE ET EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 95. Marche de la preuve au civil et au criminel. — 96. Législations où la procédure criminelle se rapproche de la procédure civile, et réciproquement. Distinction marquée chez nous. — 97. Initiative des parties en matière civile. — 98. Action d'office en matière criminelle. — 99. Conséquences quant à la preuve. — 100. Influence des formes.

95. Nous verrons dans le cours de cet ouvrage le caractère différent que peut revêtir telle ou telle preuve judiciaire, suivant qu'elle s'applique aux matières civiles ou aux matières criminelles. Mais, avant d'étudier chacun des modes de preuves, il convient de jeter un coup d'œil général sur la marche de la preuve dans l'une et dans l'autre hypothèse.

96. Nous avons, en conséquence, à rechercher quelle est la direction de la procédure devant la juridiction civile et devant la juridiction pénale, en les comparant l'une à l'autre. Ce n'est point là, toutefois, une question susceptible d'être résolue *à priori*. Il y a des pays où les poursuites pénales, abandonnées à l'action privée des citoyens, ne diffèrent point essentiellement de la marche des procès civils; il y en a, bien que le fait soit plus exceptionnel, où les procès civils, au contraire, sont dirigés, à l'instar des affaires criminelles, non par les représentants des particuliers, mais par l'autorité publique.

Chez les peuples, comme les Romains autrefois et les Anglais dans les temps modernes, qui ont adopté la procédure criminelle par voie d'accusation privée, l'administration de la preuve des délits offre une grande analogie avec l'administration de la preuve des faits de la vie civile. L'accusateur et l'accusé se posent en face l'un de l'autre, comme le demandeur et le défendeur dans un procès ordinaire; le juge n'a point à intervenir entre eux, à rechercher la vérité d'office, il n'a qu'à peser leurs raisons. Dans ce système, la procédure criminelle peut bien offrir certaines garanties spéciales pour protéger la liberté individuelle; mais, quant à la preuve, elle ne diffère point d'une manière tranchée de la procédure civile.

On a quelquefois essayé, à l'inverse, d'assimiler la procédure civile à la procédure criminelle dans le système inquisitorial. C'est ainsi qu'en Prusse, le Code de procédure du 6 juillet 1793[1] avait introduit dans les affaires civiles l'action d'office du magistrat, à l'instar de la procédure criminelle; tout défenseur, même officieux, était supprimé, et

[1] Déjà Frédéric le Grand, par l'ordonnance de 1777 et le Code de 1781, avait fait le premier pas dans cette voie. (Voyez le travail intéressant de M. Bergson, *Revue de droit français et étranger*, ann. 1847, p. 41 et suiv.)

le juge devait s'efforcer de reconnaître et de découvrir la vérité par la voie la plus sûre et la plus directe (Introd. au Code de 1793, § 10). Mais cette innovation n'ayant pas été sanctionnée par l'expérience, a été abandonnée par la loi du *21 juillet* 1846.

La législation française repousse également ces deux excès : elle laisse aux intérêts privés le soin de diriger les procès civils; elle confie, au contraire, à des officiers publics la direction des procès criminels. Rendons-nous compte de l'influence de cette diversité d'organisation sur la marche de la preuve.

97. Puisqu'il est de principe en matière civile, à part certains points qui intéressent l'ordre général de la société, comme la validité des mariages, que c'est aux parties qu'appartient la tâche d'établir la vérité de leurs prétentions respectives, le juge civil n'a point à rechercher d'office s'il existe un droit de créance ou un droit de propriété en faveur du demandeur, ou bien si ce droit, en le supposant établi, a été détruit par tel ou tel mode d'extinction. Il doit appliquer dans toute leur rigueur les règles que nous avons posées sur le fardeau de la preuve : *Actori incumbit onus probandi, reus excipiendo fit actor.* Sans doute il ne lui est point défendu d'ordonner *ex officio* une mesure qui lui paraît nécessaire pour s'éclairer, telle qu'une enquête (Code de proc., art. 254), et en ce sens, on peut dire, avec le jurisconsulte Arcadius (L. 21, § 3. D., *De testib.*) : *Confirmabit judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et quæ rei aptiora, et vero proximiora esse compererit.* Mais il faut toujours que les parties y aient conclu, au moins implicitement, et un tribunal ne pourrait se livrer, contre la volonté des plaideurs, à la recherche de tel ou tel fait d'un intérêt purement privé.

98. Bien différente est la marche de la procédure criminelle. C'est, en général, au ministère public, et non aux

parties lésées, qu'y appartient l'initiative des poursuites. Mais ces poursuites ne sont point nécessaires pour mettre en mouvement l'action de la justice pénale. C'est d'office que les officiers de police judiciaire constatent, chacun suivant sa compétence, les crimes, les délits et les contraventions, c'est d'office que le juge d'instruction en rassemble les preuves. La nécessité d'attendre, pour agir, la dénonciation de la partie lésée n'existe que dans des cas tout exceptionnels, comme s'il s'agit d'adultère ou de diffamation. Ainsi, le juge, en matière criminelle, va au-devant de la preuve, tandis qu'en matière civile il attend qu'elle se présente à lui [1]. Au lieu d'être dirigée par l'intérêt, et quelquefois par la passion, la procédure pénale s'attache directement à la recherche de la vérité. Le juge d'instruction instruit pour et contre l'inculpé; le ministère public lui-même, bien que spécialement chargé de provoquer la répression, ne doit point poursuivre l'accusation *per fas et nefas*, mais s'arrêter dès qu'il a des doutes sérieux sur la culpabilité. Dès lors, si la maxime *Actori incumbit onus probandi* s'applique dans toute sa rigueur au ministère public, il n'est pas vrai à l'inverse, ainsi que nous avons déjà eu occasion de l'observer (n° 37), qu'il faille appliquer rigoureusement à l'accusé la règle *Reus excipiendo fit actor ;* il suffit que la défense ait un grave degré de probabilité, tandis que l'accusation doit être pleinement établie [2]. Enfin, le principe que notre procédure pénale est suivie tant à charge qu'à

[1] Aussi verrons-nous, en parlant de l'expérience personnelle du juge, que l'obligation de juger *secundum allegata et probata* est bien plus étroite au civil qu'au criminel.

[2] C'est également vrai dans la procédure anglaise. Greenleaf (tom. III, § 29) fait observer avec raison que si, dans les matières civiles, il suffit que la balance de la preuve peuche en faveur de l'une des parties (*preponderates*) pour que l'on doive se prononcer en sa faveur, dans les affaires criminelles, l'accusation ne doit triompher qu'autant qu'elle s'appuie sur des preuves de nature à exclure tout doute raisonnable (*to the exclusion of all reasonable doubt*).

décharge, se manifeste d'une manière bien sensible dans les fonctions confiées au président de la Cour d'assises. Ce magistrat est investi d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel il peut prendre sur lui tout ce qu'il croit utile pour découvrir la vérité (Code d'inst., art. 268).

99. Des considérations que nous venons d'exposer, il résulte d'abord une différence générale entre l'esprit qui dirige la preuve en matière civile et l'esprit qui y préside en matière criminelle. De plus, cette différence réagit, comme nous le verrons dans le cours de cet ouvrage, sur l'admissibilité des modes de preuve. Ainsi, la délation du serment décisoire, par lequel on tranche les questions d'intérêt purement privé, est inadmissible au criminel, le résultat du procès ne pouvant dépendre d'une transaction. Par le même motif, ni le désistement de la partie civile, ni même l'abandon de l'accusation de la part du ministère public, ne peuvent arrêter la marche du procès criminel. Et, en sens inverse, l'abandon de toute défense de la part de l'accusé n'implique point nécessairement sa condamnation, ainsi que cela arriverait pour le défendeur en matière civile. Le juge doit toujours suppléer les moyens de la défense, et même confier, du moins en matière criminelle proprement dite, à un avocat la tâche de les présenter d'office [1]. De même, l'aveu n'a point la même force au criminel qu'au civil. Dans un procès civil, l'aveu termine toute contestation [2], et l'on peut dire avec Paul (L. 1, D., *De confess.*) : *Confessus pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur.* Dans un procès criminel, le simple aveu de l'accusé,

[1] Henri VIII eut même la générosité de donner un défenseur d'office à saint Thomas de Cantorbéry, dans l'étrange procédure qu'il dirigea contre lui, en 1538, trois siècles après sa mort, et à la suite de laquelle les cendres du saint furent jetés au vent.

[2] S'il en est autrement dans certaines affaires, telles que celles de séparation entre époux (Cod. de proc., art. 870), c'est qu'alors le procès civil n'a plus un caractère purement privé.

s'il n'est appuyé d'aucune probabilité, n'entraîne point sa condamnation : *Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat,* déclare Septime Sévère (Ulp., L. 1, § 17, D., *De quæst.*). On s'explique de la même manière que la faculté de renoncer à la prescription soit admise en matière civile, tandis que les juges doivent suppléer en matière criminelle la prescription, comme tout autre moyen de défense que l'accusé omettrait, même volontairement.

Enfin, on admet dans un procès civil la faculté de corroborer une preuve imparfaite par la déclaration de l'une des parties, c'est-à-dire par le serment supplétoire (voy. n° 59), tandis que l'esprit de notre procédure pénale repousse, comme nous le verrons, soit la faculté de s'en rapporter au serment de la partie plaignante, soit le serment *purgatoire,* qui se retrouve encore dans le droit commun allemand, c'est-à-dire la délation du serment à l'accusé, non entièrement convaincu, s'il veut obtenir un acquittement complet.

100. Observons, en terminant, que les formes de notre procédure civile, beaucoup plus techniques que celles de la procédure criminelle, réagissent sur l'administration de la preuve, qui revêt un caractère plus artificiel en matière civile, plus simple et plus vrai en matière pénale. Mais cette dernière différence, plus sensible dans notre droit que partout ailleurs, ne tient point à la nature des choses, et une bonne législation devrait tendre à l'atténuer, sinon à la faire disparaître.

PREMIÈRE PARTIE.

EXPÉRIENCE PERSONNELLE.

SOMMAIRE. — 101. Devoir pour le juge de ne point se décider d'après son expérience personnelle extrajudiciaire. — 102. Tempéraments que ce principe est susceptible de recevoir. — 103. Cas où le juge perçoit lui-même les faits *ex officio*.

101. Les cas où le juge prend connaissance par lui-même des faits à vérifier doivent être assez limités. Presque toujours les événements sur lesquels roule le litige se seront passés en dehors de l'enceinte où il siége, et dès lors il ne pourra prononcer que sur la foi d'autrui, ou en se guidant par des présomptions. Il est vrai qu'il peut très-bien avoir été témoin comme homme des événements qu'il est appelé à apprécier comme juge. Mais alors lui est-il permis de se décider d'après ses connaissances personnelles, en dehors de ce qui lui est révélé par l'instruction? On serait tenté, au premier coup d'œil, d'adopter l'affirmative. La vérité est une, dira-t-on; pourvu que nous ayons l'intime conviction de l'avoir saisie, peu importe par quels moyens cette conviction nous est parvenue. Mais le juge peut-il contrôler son propre témoignage? Peut-il se détacher de lui-même, pour sonder les motifs d'intérêt, d'affection, de préoccupation, qui auront influencé, même à son insu, son opinion sur tel ou tel fait? Les plus grandes autorités reconnaissent que, même dans le for intérieur, le juge est tenu de rendre sa décision, non d'après ce qu'il sait comme homme, mais d'après ce qu'il a appris comme juge. « Quum judi-« cium ad judices spectet, » dit saint Thomas d'Aquin (sec. sec .part., quest. 67, art. 2), « non secundum privatam, sed « secun dum publicam potestatem oportet eos judicare, nec

« secundum veritatem, quam ipsi ut personæ privatæ noverunt, « sed secundum quod ipsis ut personis publicis, per leges, « per testes, per instrumenta et per allegata et probata, res « innotuit. » Et cette doctrine était déjà reconnue un siècle avant celui où écrivait saint Thomas d'Aquin. Nous lisons dans le livre II du commentaire d'Abélard sur l'Épître aux Romains : « Potest etiam contingere, ut aliqui falsi testes, « quos tamen repellere non valeamus, aliqua de aliquo « imputent, quem innocentem scimus. Quorum quidem testi- « monia cum id egerint quod eis adjudicatum fuerit, cogi- « mur etiam contra conscientiam nostram gravare innocen- « tem. » Et cette doctrine a prévalu jusque dans le dernier état de notre jurisprudence (Jousse, *Justice criminelle*, 3e part., liv. II, tit. XXVIII, n° 147). Il existe en ce sens une ordonnance de Montils-lez-Tours, d'avril 1455, où Charles VII prescrit aux juges (art. 123) de juger *certainement et selon les choses alléguées et prouvées par-devant eux par les parties*. De nos jours, la Cour de Montpellier, le 23 novembre 1852 a prononcé l'annulation d'un jugement qui avait repoussé les moyens du défendeur, en lui opposant la *connaissance personnelle acquise par le juge des faits* en dehors du procès. La Cour de Riom a appliqué cette doctrine, le 3 novembre 1809, au genre de causes qui semble laisser au tribunal le pouvoir discrétionnaire le plus absolu, aux matières commerciales.

102. Mais faire ainsi abstraction de ses propres souvenirs est une tâche bien rude pour la faiblesse humaine. Les faits que nous croirons examiner avec la plus scrupuleuse impartialité, ne nous apparaîtront plus qu'à travers le prisme d'une première impression favorable ou défavorable. Le meilleur parti à prendre en pareil cas pour un juge ou pour un juré, c'est de se récuser. Cette voie est tracée du reste par l'article 257 du Code d'instruction criminelle, qui dé-

fend au juge d'instruction et aux conseillers qui ont voté sur la mise en accusation de siéger à la Cour d'assises. C'est ainsi encore que l'article 392 du même Code ne permet pas à celui qui a été officier de police judiciaire, témoin, expert, ou partie, de remplir les fonctions de juré, à peine de nullité. La loi veut un esprit vierge de toute impression puisée en dehors des débats[1]. C'est donc un devoir impérieux que celui de s'abstenir en pareille circonstance. Que s'il était trop tard pour le faire, la lettre de la loi ne prononçant aucune nullité, il faudrait bien juger; mais alors, en matière criminelle du moins, cette position exceptionnelle devrait tourner au profit de la partie qui est poursuivie. Si le juré, d'après ses connaissances extrajudiciaires, croit l'accusé coupable, il ne le déclarera pas tel

[1] En Angleterre et dans l'Amérique du Nord, la même incompatibilité n'existe point en ce qui concerne les jurés. Tandis qu'on reconnaît que le juge ne peut être témoin, et que l'on se demande, comme chez nous, s'il lui est permis de se prononcer d'après ses connaissances personnelles (M. Greenleaf, tom. I, p. 481), les auteurs les plus graves (*ibid.*, not. 1) admettent sans difficulté que le juré peut être témoin. Cela tient à l'origine du jury anglais. On désirait, en effet, dans le principe, que les jurés eussent des connaissances spéciales sur les faits en litige. Aussi les prenait-on dans le voisinage, *de vicineto*. Cette pratique n'a été abolie que du temps de la reine Anne, en matière civile, et que de nos jours, en matière criminelle. Cette ancienne organisation, qui rapprochait les jurés des témoins, est expliquée en ces termes par M. Reeves, dans son Histoire de la loi commune (passage traduit par M. Cherbuliez dans un article sur le jury. *Revue de législation*, août 1851) : « Le jury, tel qu'il existait dans l'origine, différait essentiellement de ce qu'il est aujourd'hui. Aujourd'hui, les jurés sont juges suprêmes des procès; ils fondent leur conviction sur des preuves orales ou écrites, produites devant eux, et leur verdict est, en fait, un véritable jugement. Les anciens jurés, au contraire, n'étaient pas appelés à apprécier les faits de la cause comme magistrats : ces faits n'étaient pas même débattus devant eux. Ils n'étaient que témoins, et le verdict n'offrait que le résultat de leur témoignage, régulièrement, mais exclusivement invoqué pour constater les faits litigieux. Ainsi, un jugement au moyen du jury n'était, à vrai dire, qu'une enquête; les jurés n'étaient distingués des autres témoins que par le serment qu'ils devaient prêter, par leur nombre limité, par le rang que la loi leur assignait, par la qualité de tenanciers dans les divers degrés de la hiérarchie territoriale, et par l'influence qui en résultait. »

à moins que la preuve des faits ne résulte des débats; si, au contraire, d'après ces mêmes connaissances, il l'estime innocent, l'*intime conviction* qu'exige l'article 342 du Code d'instruction criminelle ne pourra se former dans sa conscience, et il devra voter pour l'acquittement[1]. Dans les causes civiles, où les intérêts des deux parties sont également sacrés, on ne pourrait sans injustice suivre cette marche trop défavorable au défendeur; le juge devrait s'efforcer de ne tenir compte que des renseignements produits à l'audience. Le plus sûr, nous le répétons, est de prévenir ces graves embarras en obéissant à l'esprit de la loi, c'est-à-dire en se récusant dès le principe.

103. En voilà assez sur la connaissance personnelle des faits que le juge aurait pu acquérir en dehors de ses fonctions. Occupons-nous maintenant des cas où il perçoit les faits lui-même, mais comme juge. Cette inspection directe, qui n'était point étrangère au droit romain (Gord., L. 6, pr., D., *De re milit.*), a lieu notamment lorsque le juge opère une descente sur les lieux, en matière civile; lorsqu'il visite les lieux et constate le corps du délit, en matière criminelle. Toutefois, ces hypothèses, pour être les plus fréquentes, ne sont point les seules où l'on retrouve l'inspection directe du juge, et l'on conçoit parfaitement que les tribunaux, même civils, puissent, chez nous comme en Angleterre (M. Greenleaf, tom. III, p. 340), se faire amener un enfant pour vérifier son âge, consulter un livre, une pièce, etc.

[1] Ce que nous disons du juré n'est pas toujours applicable au juge correctionnel, qui est souvent lié par des règles spéciales. Ainsi, deux arrêts de cassation (du 21 mars 1833 et du 9 août 1838) ont jugé avec raison que, lorsqu'une convention est constatée par un procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve contraire, les juges ne peuvent relaxer les prévenus en se fondant sur le seul motif de la connaissance personnelle qu'ils auraient des faits.

PREMIÈRE SECTION.

DESCENTE SUR LES LIEUX.

SOMMAIRE. — 104. Application au civil et au criminel. — 105. En matière civile, utilité de la visite des lieux. — 106. Comment il doit y être procédé. — 107. Cas où l'on peut ordonner cette visite ; cette prescription n'a plus l'importance qu'elle avait sous l'empire de l'ordonnance de 1667. — 108. En matière criminelle, faculté de procéder à une descente sur les lieux. — 109. Constatation du corps du délit. — 110. Comment on procède à cette constatation.

104. Ce n'est qu'en matière civile que la loi a prévu et réglé les descentes sur les lieux ; nous verrons toutefois qu'elles sont également admissibles au criminel.

1° En matière civile.

105. Au civil, il s'agit quelquefois d'apprécier un état de choses actuellement existant, par exemple, la mitoyenneté de tel mur, ou la position de telle borne. Quel est le meilleur moyen, en pareil cas, de s'assurer de la vérité? C'est de se transporter en personne sur le terrain litigieux, afin de voir par soi-même, de se mettre en contact avec la réalité :

> Segnius irritant animos demissa per aurem,
> Quam quæ sunt oculis subjecta fidelibus.... »
>
> HORACE.

106. Dans les justices de paix, le juge même qui doit prononcer se transporte sur les lieux, et peut y rendre sa sentence sans désemparer (C. de proc., art. 42). Devant les tribunaux d'arrondissement, on ne peut suivre cette marche, à raison des embarras et des frais qu'entraînerait le déplacement du tribunal en masse ; il devient indispensable de déléguer un juge-commissaire (*ibid.*, art. 295). Toutefois il y a des exemples, dans l'ancien et dans le nouveau droit, de visites faites sans frais par un tribunal tout entier, chaque membre désirant prendre personnellement connaissance des faits. Le zèle dont les juges ont fait preuve en de semblables occasions est louable, sans doute, mais à une condition, c'est que le jour de la visite soit indiqué à

l'avance, et les parties mises en demeure de présenter leurs observations. S'il en était autrement, les intentions généreuses des juges pourraient devenir un piége pour tel plaideur, qui n'aurait pas été appelé à fournir des renseignements, en l'absence desquels les faits ne sauraient apparaître sous leur vrai jour. Il faut donc appliquer devant toutes les juridictions l'article 41 du Code de procédure, aux termes duquel le lieu contentieux doit être visité par le juge de paix *en présence des parties*. Un arrêt de cassation du 16 janvier 1839 a annulé le jugement d'un tribunal civil motivé sur une visite de lieux, faite, *proprio motu*, hors de la présence des parties, par des membres de ce tribunal : « Attendu que « cette visite, purement officieuse, faite hors de la présence « des parties.... n'a pu devenir un élément légal de déci- « sion, soit à l'égard du tribunal entier qui n'a pas été « éclairé par un rapport régulier et contradictoire, soit à « l'égard des parties qui n'ont pu ni contrôler l'opération « et débattre ses résultats, ni exercer, le cas échéant, le « droit de récusation que l'article 383 du Code de procé- « dure leur donnait contre le juge chargé de cette visite. » (Voy. aussi Bastia, 7 février 1855; Riom; 14 juin 1858.) Néanmoins, un arrêt de rejet du 15 mars 1843 a refusé d'annuler un jugement rendu à la suite d'une visite officieuse des membres du tribunal, visite mentionnée non dans les motifs, mais dans les qualités, qui ne sont point l'œuvre du juge. Ce qu'il faut remarquer, c'est que la Cour de cassation, sans s'attacher à cette dernière circonstance, signalée par le conseiller rapporteur, a décidé « que la simple *inspec-* « *tion* des lieux par le tribunal ne saurait constituer une « *descente* sur les lieux dans les termes du Code de procé- « dure civile » : distinction fort arbitraire, et qui tend à éluder les garanties accordées aux plaideurs.

107. La voie de la descente sur les lieux est avantageuse

toutes les fois qu'il s'agit de faits apparents, qui n'exigent pas de connaissances spéciales. C'est ainsi que l'article 38 du Code de procédure l'autorise expressément dans les actions possessoires, telles que celles pour déplacement de bornes, usurpations de terres, haies, fossés, etc. Mais lorsque les éléments matériels ne sont que des données que l'on ne saurait mettre en œuvre sans posséder certaines lumières, comme s'il s'agit de la rescision de la vente d'un immeuble pour cause de lésion, la voie de l'expertise est préférable, et c'est aussi celle qu'indique la loi dans l'espèce (C. civ., art. 1678). Nous lisons à cet égard, dans l'article 295 du Code de procédure : « Le tribunal pourra, dans le cas où il « le croira nécessaire, ordonner que l'un des juges se « transportera sur les lieux, mais il ne pourra l'ordonner « dans les matières où il n'échoit qu'un simple rapport d'ex- « perts, s'il n'en est requis par l'une ou par l'autre des par- « ties. » Cet article n'ajoute pas, comme le faisait l'ordonnance de 1667, titre XXI, art. 1er : *à peine de nullité et de tous dépens, dommages et intérêts.* La seconde de ces sanctions, vivement critiquée par le président de Lamoignon, comme offensante pour les juges, était peut-être nécessaire dans un temps où, les visites produisant des vacations fort avantageuses, une déplorable cupidité tendait à les multiplier sans motif. Il n'y a plus à réprimer de pareils abus, aujourd'hui qu'elles ne donnent lieu qu'à un simple remboursement de frais[1]. La seule sanction que l'on pourrait

[1] Il convient de suivre à cet égard les bases fixées par les art. 88 et 89 du décret de 1811 sur les frais en matière criminelle. En justice de paix, les frais sont fixés par le tarif (art. 8); mais, quelque utile que soit la visite, il n'est rien alloué, s'il n'y a eu, de la part de l'une des parties, une réquisition, qui doit être mentionnée (même article, *nota*). A Genève, les frais de visite sont payés par le trésor (loi du 29 septembre 1819, art. 230), ce qui a peu d'inconvénients vu la rareté des procès. D'ailleurs les descentes sur les lieux sont vues avec beaucoup de faveur dans ce pays, où elles sont une sorte d'institution nationale. Il y avait en effet autrefois à Genève un

croire maintenue, c'est celle de la nullité. Mais lorsque la descente a eu lieu avec l'accomplissement des formalités voulues par la loi, même sans la réquisition des parties, là où un rapport d'experts eût pu suffire, on ne voit pas pourquoi il serait interdit au tribunal de tenir compte de cette opération, si elle est de nature à l'éclairer, en n'en faisant pas supporter les frais au plaideur qui succombe. La nullité n'est pas prononcée par l'article 295, et cette nullité serait sans but, puisque les parties, qui ont pu concourir à l'opération, n'ont souffert aucun grief[1]. Cette solution est du reste incontestable en ce qui touche le juge de paix, à l'égard duquel il ne s'agit évidemment que d'une question de tarif (Tarif civil, art. 8, *nota*). La visite ne doit, suivant nous, être annulée que si elle a eu lieu, ainsi que nous l'avons déjà supposé plus haut, sans que les parties fussent légalement sommées d'y assister (C. de proc., art. 297); mais alors c'est pour un autre motif, c'est que le principe de la libre défense des parties a été violé. La marche tracée par la loi pour cette procédure n'offre du reste aucune particularité qui mérite d'être signalée.

2° En matière criminelle.

108. Le Code d'instruction criminelle n'a pas tracé de règles relativement à la descente sur les lieux, ainsi que l'avait fait le Code de procédure; faut-il en conclure que la descente sur les lieux n'est admissible qu'au civil? Ce serait supposer que le silence de la loi suffit pour faire rejeter un

tribunal des visites, dont le ministère n'était point facultatif, mais obligatoire, et il paraît qu'on n'avait qu'à se louer du résultat de ses opérations. Chez nous, afin d'éviter au juge des démarches pénibles pour se faire rembourser de ses frais, le Code de procédure (art. 301) veut qu'ils soient consignés au greffe par la partie requérante.

[1] Le Code de procédure italien de 1866 a supprimé avec raison la prohibition de l'article 295.

genre de preuve qui n'est pas littéralement prévu. Nous nous attacherons, au contraire, à cette idée raisonnable que, toutes les fois qu'un mode de vérification peut être utile, on doit l'admettre, par cela seul qu'il n'est pas prohibé. C'est aussi en ce sens que s'est prononcée la pratique, pour ce qui concerne la visite des lieux. Mais on décide en même temps que, bien qu'aucune forme n'ait été prescrite en matière criminelle, l'existence d'un jugement préalable, qui appelle les parties à assister à l'opération, doit être considérée comme substantielle. Ainsi, la Cour de cassation a déclaré valable (Rej. 22 mai 1834 et 23 mars 1843) une vérification faite publiquement, mais hors de la salle d'audience, par la cour et les jurés, en présence de l'accusé et de son défenseur; elle a, au contraire, annulé (Cass., 5 septembre 1828) une condamnation prononcée à la suite d'une visite des lieux faite par le jury officieusement, sans qu'il fût accompagné de l'accusé. Si jamais une partie a droit à présenter ses dires et observations dans toutes les phases de la procédure, c'est lorsqu'elle est soumise à des poursuites criminelles. Et ce principe n'est pas particulier, du reste, aux Cours d'assises, la jurisprudence l'a appliqué avec raison même aux matières de simple police (Cass., 14 septembre 1850 et 13 octobre 1854.)

Mais il faut observer que l'inspection des lieux sera rarement au criminel, ce qu'elle est souvent au civil, un moyen complet de résoudre la question. Cela ne peut guère arriver que pour certaines contraventions dont l'état des lieux manifeste clairement l'existence, par exemple, le défaut de balayage, ou l'encombrement de la voie publique par le dépôt de matériaux (C. pén., art. 471). Habituellement on ne pourra y puiser que des indices de nature à mettre sur la trace de la vérité, ou du moins des renseignements de

nature à éclairer l'exposition des faits [1]. Dès lors la descente perd beaucoup de son importance, puisqu'elle n'est plus qu'une preuve au second degré, une preuve de preuve. Aussi se contente-t-on presque toujours dans la pratique de faire dresser un plan des lieux.

Remarquons, au surplus, que, devant les tribunaux de police, dont les décisions sont motivées, une visite irrégulière n'annulerait point le jugement, si elle n'avait point été un élément déterminant de la décision (Rej. 28 février 1846).

109. Un point qui se rattache intimement à la descente sur les lieux, c'est la constatation du *corps du délit* [2], constatation qui exige d'ordinaire qu'on se transporte dans l'endroit où se sont passés les faits incriminés.

Dans toute instruction criminelle, il importe d'établir l'existence même du délit qui sert de base à la poursuite. « Hic ordo servatur, » disait Paul (*Sent.*, lib. III, tit. V, § 14), en parlant de la torture à laquelle on soumettait les esclaves dont le maître avait péri de mort violente, « primum ut « constet occisum dominum, deinde ut liqueat de quibus ea « quæstio habenda sit, atque ita de reis inquirendum. » Quand cette preuve préalable peut résulter de la vérification d'un fait matériel, par exemple, des traces de mort violente qu'on découvre sur un cadavre, on dit qu'il y a un corps de délit. Une vérification pareille est d'une haute importance. Il ne faut pas croire cependant, ainsi que quelques-uns l'imaginent, que, sans un corps de délit dûment constaté,

[1] Cette observation s'applique, par exemple, à la descente qui a été effectuée, le 26 novembre 1842, par le tribunal correctionnel de la Seine, sur le chemin de fer de Versailles (rive gauche), pour éclaircir les causes de la catastrophe du 8 mai. Les données qu'ont pu puiser les juges dans l'inspection des lieux et dans les expériences auxquelles ils ont assisté, étaient forcément toutes conjecturales.

[2] Il est bien entendu que nous prenons ici le mot *délit* dans le sens général d'infraction à la loi pénale, et non pas dans le sens particulier d'infraction passible de peines correctionnelles.

il ne puisse y avoir de délit aux yeux de la loi. On doit d'abord distinguer, avec les anciens interprètes, ceux qui laissent des traces, *delicta facti permanentis*, comme l'assassinat, et ceux qui ne sont pas de nature à en laisser, *delicta facti transeuntis*, comme les injures verbales. Pour ces derniers, il est évident que la recherche préalable d'un corps de délit serait une entreprise chimérique; et même pour les premiers, s'il est vrai qu'on doit s'appliquer avec le plus grand soin à en rechercher les traces, il est impossible d'admettre que l'absence de vestiges matériels puisse assurer l'impunité à un accusé dont la culpabilité serait établie par des témoignages directs. Il suffirait alors à un assassin d'anéantir le corps de sa victime pour échapper à toute pénalité [1], ou du moins, suivant le système que nous avons réfuté (n° 52), pour n'être frappé que d'une peine inférieure [2]. Certainement il faut qu'il y ait eu un délit commis; mais l'existence de ce délit peut bien être justifiée d'une manière indirecte, puisque la culpabilité elle-même est susceptible d'être prouvée de cette manière. Lorsque d'Aguesseau a dit (51e plaidoyer) : « Le corps du délit n'est « autre chose que le délit lui-même dont l'existence serait « établie par l'attestation de témoins dignes de foi, concor- « dant entre eux, affirmant à la justice qu'un crime a été « commis »; il a eu le tort de confondre l'existence même du corps du délit avec la preuve de cette existence; mais il

[1] Ce préjugé de la nécessité d'un *corps de délit* exerce encore son influence sur des esprits distingués. N'a-t-on pas vu, en 1840, dans l'affaire Lafarge, les débats s'établir de manière à renfermer la question dans l'analyse scientifique des restes de la victime? Et cependant le ministère public devait-il faire dépendre le succès de l'accusation de l'existence de certains signes, presque imperceptibles? La défense, de son côté, devait-elle s'attacher presque exclusivement à ce côté de la cause, comme si elle n'avait plus eu qu'à s'avouer vaincue, parce qu'on aurait constaté un empoisonnement en général?

[2] Telle était l'opinion des ancien scriminalistes allemands. (M. Mittermaier, *Preuve en matière criminelle*, p. 180.)

a exprimé, sous une formule inexacte, une idée juste, celle que la constatation matérielle du corps du délit n'est point indispensable.

110. Si aujourd'hui, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, le 16 mars 1837, aucune loi n'exige, comme préalable des poursuites, un procès-verbal du corps de délit, il n'en importe pas moins de saisir, quand on le peut, les traces du délit avant qu'elles soient effacées. Cet intérêt existe au plus haut degré quand il s'agit d'un crime qui vient de se commettre. Aussi le Code d'instruction criminelle veut-il (art. 32) qu'au cas de flagrant délit, quand le fait est de nature à mériter une peine afflictive ou infamante [1], un officier de police judiciaire se transporte immédiatement sur les lieux pour y faire les premiers actes d'instruction. Dans les cas ordinaires, le juge d'instruction a seul qualité pour se transporter sur les lieux, accompagné du procureur de la république, qui fait les réquisitions au nom de la loi, tandis que le juge dresse les actes d'instruction proprement dits (*ibid.*, art. 59-62). Hors le cas de flagrant délit, la visite immédiate des lieux n'est pas exigée, mais il convient toujours de la différer le moins qu'il est possible.

Dans tous les cas, on constate l'état du *corps du délit*, c'est-à-dire de l'objet sur lequel le délit a porté, et en général l'état des lieux (*ibid.*, art. 32). On se saisit de tout ce qui paraît avoir servi ou avoir été destiné à commettre le délit, de tout ce qui paraît en avoir été le produit, enfin de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité (*ibid.*, art. 35). De plus la loi prescrit des précautions propres à garantir

[1] Tels sont du moins les termes de l'art. 32 du Code d'instruction. Mais il y a une telle urgence à constater immédiatement, en pareille occasion, les délits proprement dits comme les crimes, que la Cour de cassation (arr. de Cass. du 30 mai 1823, et de Rej. du 1er sept. 1831) n'hésite pas à étendre aux matières correctionnelles les attributions du procureur de la république et des officiers ses auxiliaires en cas de flagrant délit.

l'identité des objets saisis : ils doivent être clos et cachetés, ou du moins déposés dans un vase ou dans un sac, sur lequel le magistrat instructeur met une bande de papier scellée de son sceau (*ibid.*, art. 38). Enfin l'inspection des personnes elles-mêmes peut être indispensable, notamment lorsqu'il s'agit d'attentats aux mœurs[1]. C'est au magistrat instructeur à prendre alors les précautions convenables pour ménager, autant que possible, la pudeur et la délicatesse, soit de l'inculpé, soit surtout de la victime présumée. Dans tous les cas, de pareilles visites ne sauraient atteindre des tiers sur lesquels ne pèse aucun soupçon spécial. Aussi a-t-on blâmé la conduite de magistrats qui, à la découverte du cadavre d'un enfant, ont ordonné la visite de toutes les femmes de la maison.

DEUXIÈME SECTION.

COMPLÉMENT DE L'EXPÉRIENCE PERSONNELLE. EXPERTISE.

SOMMAIRE. — 111. Différence entre l'expertise et la preuve testimoniale. — 112. De la preuve par experts depuis les Romains jusqu'à nous.

111. Si l'on ne considérait que les motifs de la confiance accordée aux experts, c'est-à-dire à des hommes chargés de vérifier des faits sur lesquels ils ont des connaissances spéciales, on devrait rapprocher l'expertise de la preuve par témoins; car toutes deux reposent sur une induction puisée dans les lois de la nature morale, sur la foi au témoignage de nos semblables. Mais si l'on en vient à l'application judiciaire, si l'on envisage le genre de faits sur lequel porte

[1] De pareilles visites peuvent-elles être ordonnées, en matière civile, pour constater l'impuissance, en supposant que l'impuissance puisse faire prononcer la nullité du mariage? M. Demolombe (*Mariage*, t. II, n° 254) penche pour l'affirmative, en invoquant ce qui se pratique en matière de recrutement. Nous partageons cette opinion, pourvu qu'il s'agisse d'une absence complète d'organes, et non d'une simple *frigiditas*.

d'ordinaire ce mode de preuve, on verra qu'il a un tout autre objet que la preuve testimoniale. *Medici non sunt proprie testes*, écrivait Codruchi en 1397, dans sa *Methodus testificandi; sed est magis judicium quam testimonium*. La preuve testimoniale a pour but de faire revivre pour ainsi dire le passé; l'expertise ne s'attaque habituellement qu'aux faits présents [1], dont elle a pour mission de mettre à nu tous les éléments. Les témoins sont limités par la force des choses et ne peuvent être suppléés; les experts sont choisis après coup pour remplir des fonctions dans lesquelles ils servent d'instrument au juge, instrument qu'il est loisible de remplacer. En effet, comme on ne peut reproduire à volonté les faits sur lesquels on interroge les témoins, il n'y a pas moyen de refaire leur déposition, force est de l'accepter telle qu'elle est, ou de la rejeter, à moins qu'on ne veuille s'abandonner à de pures conjectures. Au contraire, l'expertise n'est qu'un verre qui grossit les objets; et c'est au juge, qui a la faculté de s'en servir, à examiner en toute liberté si les images qu'elle lui présente sont bien nettes. Les experts sont, à vrai dire, des auxiliaires du tribunal; aussi voyons-nous le texte de nos lois rapprocher souvent l'expertise de l'expérience personnelle, tandis que jamais pareille pensée ne s'est offerte à l'esprit quant à la preuve testimoniale [2]. Sans remonter à l'ordonnance de 1667,

[1] L'expertise n'a pas pour objet des faits présents, dans le cas où, soit pour s'assurer de la vraisemblance d'une accusation, soit pour contrôler un témoignage, on recherche si tel fait est physiquement possible; si, par exemple, on a pu se suicider dans telle position (affaire du prince de Condé). L'expertise est alors hypothétique. Mais, même en ce cas, l'expert ne se fonde que sur des données scientifiques actuelles, tandis que le témoin recueille ses souvenirs.

[2] On peut critiquer, à ce point de vue, la jurisprudence de la Cour de cassation (Rej., 5 novembre 1846 et 13 mai 1859) qui regarde l'expert comme légalement investi de ses fonctions par la prestation du serment de témoin; mais il faut avouer que cette question de forme a peu d'importance.

qui confondait dans un même titre les descentes sur les lieux et les rapports d'experts, nous voyons le juge de paix faire la visite des lieux avec des experts (C. de proc., art. 42), sans que toutefois la présence du juge soit indispensable (Rej. 2 décembre 1868), et la loi criminelle autoriser le magistrat instructeur (C. d'instr., art. 43) à se faire accompagner, pour aller rechercher les traces du délit, par une ou deux personnes présumées capables d'en apprécier la nature et les circonstances. C'est donc nous conformer à l'esprit de la loi, aussi bien qu'à la nature des choses, que de rattacher, comme nous le faisons, l'expertise à l'expérience personnelle.

112. Ce mode de vérification n'avait pas à Rome toute l'importance qu'il a acquise dans les temps modernes. Les sciences et les arts y étant bien moins avancés, l'usage devait en être bien moins fréquent. Nous en trouvons cependant déjà diverses applications notables. Ainsi, dans les questions de règlement de bornes (L. 8, § 1, D., *Fin. reg.*), le juge doit envoyer sur les lieux des arpenteurs (*mensores*) pour constater les faits. Lorsqu'il s'agit du congé d'un militaire pour raison de santé, Gordien (L. 6, Cod., *De re milit.*) exige à la fois l'examen du juge et celui des gens de l'art : « Medicis denuntiantibus et judice competente diligenter « examinante. » Lorsqu'il y avait lieu de vérifier la grossesse d'une veuve ou d'une épouse divorcée, nous voyons (Ulp., L. 1, pr., et § 10, D., *De insp. ventr.*) qu'on la faisait visiter par trois ou par cinq sages-femmes. (On sait que les dames romaines n'étaient assistées dans leurs couches que par des personnes de leur sexe.) Enfin nous apprenons par la Novelle 64 qu'il y avait à Constantinople des jardiniers experts; cette constitution tend à réprimer l'abus qu'ils faisaient de leur ministère, pour favoriser leurs confrères aux dépens du propriétaire du sol, lorsqu'ils étaient chargés, à

la fin du bail, d'évaluer les améliorations faites sur le fonds par un jardinier locataire. On voit que les complaisances de l'expertise ne datent pas de nos jours.

Dans notre ancienne jurisprudence française, l'expertise reçut de grands développements. Ainsi, notamment, l'article 162 de l'ordonnance de Blois, rendue en 1579, voulut que les questions relatives à la valeur des objets fussent décidées par experts, et non plus seulement par témoins. Mais aussi on abusa quelquefois de l'expertise en l'employant dans les matières les plus délicates. Une des aberrations les plus remarquables de l'esprit humain, en ce qui touche les preuves judiciaires, c'est la singulière épreuve du congrès, introduite dans la pratique des officialités au seizième siècle et consacrée par les parlements, jusqu'à l'arrêt du 18 février 1677, que fit rendre par le parlement de Paris le président Lamoignon [1]. Aujourd'hui le principe de l'expertise, sans être poussé ainsi jusqu'à l'extrême, joue encore un grand rôle, tant au civil qu'au criminel.

I. EXPERTISE CIVILE.

SOMMAIRE. — 113. Cas où l'expertise est applicable. — 114. Qui peut être nommé expert? — 115. Simplification de l'expertise dans le droit moderne. — 116. Droit pour les parties de nommer les experts. — 117. Faculté de récusation. — 118. Rédaction du rapport des experts. — 119. Variations de la législation sur la foi due à l'expertise. — 120. Faculté de provoquer un nouveau rapport. — 121. Règles spéciales en matière d'enregistrement. — 122. De la responsabilité des experts.

113. Toutes les fois qu'il s'agit d'une constatation ou d'une appréciation qui exige des connaissances particulières, l'esprit de la loi demande l'expertise. On ne doit donc pas considérer comme limitatives les dispositions qui l'exigent dans des cas donnés, comme s'il s'agit de la rescision pour cause de lésion d'une vente d'immeubles (C. civ.,

[1] Le concile de Compiègne, en 756, admettait un genre de preuve plus décent, sans être plus sûr, en déférant le serment au mari, en pareille hypothèse.

art. 1678), ou du règlement de l'indemnité due au locataire d'une usine pour défaut de jouissance (*ibid.*, art. 1747). La question de viabilité d'un enfant, par exemple, si importante, soit pour le mari qui voudrait le désavouer, soit pour les héritiers de l'enfant appelés à recueillir des droits de son chef, peut-elle se résoudre autrement qu'à l'aide des lumières des gens de l'art? Mais, dans le cas où la loi ordonne l'expertise, faut-il l'entendre dans un sens strictement impératif, de manière à faire ainsi du rapport d'experts un préliminaire indispensable, quelle que soit d'ailleurs l'évidence des faits? Boncenne admet l'affirmative sans distinction, partout où il est question d'expertise dans les textes (voy. son *Comment. sur le titre des rapports d'experts*). Cette opinion nous paraît incontestable, là où l'expertise est établie par la loi comme une condition intrinsèque de la procédure. C'est ainsi qu'en matière d'enregistrement (Loi du 22 frimaire an VII, art. 8), l'administration est fondée à requérir cette mesure pour constater la valeur des immeubles sujets à un droit proportionnel. Nous aurions peine, au contraire, à regarder ce mode de preuve comme indispensable là où l'évaluation n'est nécessaire qu'autant qu'il y a un doute sérieux dans l'esprit du juge. Ainsi, lorsqu'une vente est attaquée pour cause de lésion, le prix peut être tellement vil, qu'ordonner une expertise pour constater la lésion, ce fût compromettre la dignité de la justice par des frais et par des lenteurs frustratoires. Il serait alors, suivant nous, peu raisonnable de ne pas prononcer immédiatement la rescision. Un arrêt de la Cour de Limoges, du 14 février 1827, s'est prononcé en faveur de cette opinion, déjà admise dans l'ancienne jurisprudence. C'est ce que la Cour de cassation a également jugé, en ce qui concerne la rescision du partage pour cause de lésion, par arrêt du 3 décembre 1833. Telle a été également la pensée des rédacteurs

de la loi du 2 juin 1841, qui ont substitué l'expertise facultative à l'expertise obligée, pour l'estimation préalable des biens des mineurs qui doivent être vendus judiciairement (C. de proc., nouv. art. 945).

Nous rattacherons à la preuve littérale l'espèce d'expertise qui a soulevé les plus vives réclamations dans l'ancien et dans le nouveau droit, la vérification d'écritures. Nous nous proposons ici d'examiner, en général, la marche de l'expertise et la foi qui peut lui être due.

1° Marche de l'expertise.

114. Il y avait autrefois des *experts jurés*, qui avaient seuls le droit de constater les valeurs devant les tribunaux. Cette institution, dont on retrouve la trace dans l'article 34 du Code pénal, qui énumère parmi les incapacités résultant de la dégradation civique celle d'être *juré expert*, n'existe plus aujourd'hui, du moins en matière judiciaire [1]. Car on sait que, pour les prisées extrajudiciaires de meubles, il existe dans les localités un peu importantes des *commissaires-priseurs*, ayant le droit d'y procéder, en concurrence tout au plus avec certains officiers, tels que les huissiers. (Voy. loi du 27 ventôse an XI, loi du 28 avril 1816, art. 89, et ord. du 26 juin 1816.)

Les experts doivent être Français; car il s'agit d'une sorte de délégation des fonctions judiciaires, et non d'un simple témoignage. Il y a plus de difficulté sur la question de savoir s'ils doivent avoir la qualité de citoyen. Dans le silence de la loi, dira-t-on, il est difficile d'exiger la capacité politique pour une mission qui ne demande que des connaissances toutes spéciales. Mais, si cette capacité est requise pour des

[1] Les experts *assermentés*, qu'on inscrit souvent dans l'usage sur une liste dressée à l'avance, ne sont que désignés au choix du juge, sans être investis d'un monopole légal.

témoins instrumentaires, qui ne font que concourir à l'authenticité de l'acte, peut-il n'en être pas de même des experts, qui sont des officiers publics (C. civ., art. 1317, 1319), puisqu'ils dressent seuls des procès-verbaux, lesquels font foi, comme nous le verrons, jusqu'à inscription de faux? Aussi les articles 34 et 42 du Code pénal placent-ils sur la même ligne l'incapacité d'être expert et celle d'être employé comme témoin dans les actes. Il suit de là qu'on ne saurait, par exemple, confier une expertise à une femme ou à un failli non réhabilité.

On répond, il est vrai (M. Colmet d'Aage, § 517), à l'argument tiré de l'article 34 du Code pénal, que la qualité d'expert n'est pas plus assimilée à celle de témoin instrumentaire qu'à celle de témoin en justice. Or, la femme peut déposer en justice, elle peut faire une déclaration de naissance. (C. civ., art. 56.) Quant à l'objection tirée de ce que les experts rédigent un procès-verbal ayant une certaine authenticité, on la lève, en permettant aux juges d'ordonner que le procès-verbal sera rédigé par le greffier de la justice de paix du lieu. (C. de proc., art. 317, 2e al.) Cet expédient nous paraît un peu arbitraire. Il nous semble préférable de conférer la rédaction du rapport à un véritable expert, ayant des connaissances spéciales dans la matière, sauf, nous allons le voir, à lui adjoindre la femme, le mineur ou l'étranger, en qualité de *sapiteurs*: rôle qui n'a rien d'humiliant, puisqu'il a été confié à des maires dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, le 4 janvier 1820. Si l'article 34 du Code pénal semble mettre sur la même ligne que l'expert le témoin déposant en justice, aussi bien que le témoin instrumentaire, il n'en est pas de même de l'article 42, qui distingue de l'incapacité de témoigner en justice, celle d'être *expert ou employé comme témoin dans les actes*. Il est difficile d'ailleurs de ne pas voir dans l'expert

investi de ses fonctions par le serment une sorte de délégué de l'autorité judiciaire. Rien de pareil dans la position de la sage-femme admise *ex necessitate* à déclarer la naissance à laquelle elle a assisté. On s'explique ainsi, ce qui paraît singulier dans l'opinion opposée, pourquoi elle ne peut être témoin instrumentaire du même acte où elle figure comme déclarante. (C. civ., art. 37.)

Ici on fait une objection grave, c'est qu'il peut arriver qu'une personne civilement ou politiquement incapable soit précisément plus apte qu'une autre à donner des éclaircissements sur le point en litige. Mais il est un moyen de tout concilier. On a toujours reconnu qu'il est loisible aux experts de s'adjoindre des auxiliaires non assermentés, qu'on a nommés *sapiteurs*. La Cour de cassation a même admis (Rej., 4 janvier 1820) que les sapiteurs peuvent être adjoints d'office aux experts par le jugement même de nomination. Elle reconnaît également (Rej., 23 novembre 1857) que les experts peuvent éclairer leur religion à l'aide d'une enquête officieuse. Le remède est donc tout trouvé. Supposons qu'il s'agisse, par exemple, de la confection d'un de ces objets de mode dont l'estimation suppose l'appréciation de ces nuances délicates que l'œil seul d'une femme peut bien discerner, on n'admettra pas sans doute une modiste à dresser un procès-verbal authentique, mais on l'adjoindra aux experts pour les diriger dans leur examen.

Nous reconnaissons cependant qu'il existe des cas de nécessité absolue où il faudra bien accepter pour experts, non pas des mineurs ou des femmes, hypothèse qui ne nous paraît point de nature à se présenter dans la pratique, mais des étrangers. Ainsi, lorsqu'il y a lieu, en matière maritime, d'évaluer le dommage causé par un abordage ou par un jet de marchandises, il faut bien prendre les experts qui se trouvent sur les lieux, notamment lorsqu'un navire relâ-

che dans un port étranger (C. comm., art. 407, 414). En ce sens, on peut dire avec M. Rauter (*Cours de proc. civ.*, § 218) que l'étranger est admissible *necessitatis causa*.

115. Le mode de nomination des experts a subi un notable perfectionnement dans le droit moderne. Jadis chaque partie nommait son expert. Il résultait de là deux graves inconvénients : le premier, c'est que chaque expert, ayant en quelque sorte pour client l'un des plaideurs, était porté à se préoccuper plus de la défense de ses droits que de la recherche de la vérité ; le second, c'est qu'il y avait presque toujours lieu à partage, et dès lors à la nomination d'un tiers arbitre, laquelle entraînait une nouvelle vérification et de nouveaux frais. Revenant à une pratique qui remonte à la loi des Douze Tables (voy. Cic., *De leg.*, lib. I, cap. XXI, et Festus, au mot *Vindiciæ*), les rédacteurs du Code civil, à propos de la rescision des ventes d'immeubles pour cause de lésion, ont organisé un système bien préférable. (C. civ., art. 1678-1680.) Trois experts dressent un seul procès-verbal (chacun rédigeait le sien autrefois), et y énoncent leur avis à la pluralité des voix. S'il y a des avis différents, ils en indiquent les motifs, sans faire connaître de quel avis a été chacun des experts. Cette prohibition, critiquée par Boncenne, a disparu dans le Code de procédure italien de 1866 (art. 264). Les rédacteurs de ce Code ont pensé, comme ceux de la loi de Genève, qu'il faut tenir compte de l'autorité personnelle de tel ou tel expert. Tel a été aussi l'avis de la commission qui a préparé, sous le dernier gouvernement, un projet de réforme du Code de procédure civile (art. 268).

Les règles tracées au Code civil ont été du reste généralisées par le Code de procédure ; elles ont été encore simplifiées en ce sens que les parties majeures peuvent s'accor-

der pour ne nommer qu'un expert[1]. (C. de proc., art. 303.)

116. C'est, en effet, aux parties qu'appartient d'abord le droit de nommer les experts. En simplifiant la marche de l'expertise, le législateur moderne ne s'est pas départi du principe posé par les anciennes ordonnances (ord. de 1529, art. 162; ord. de 1667, tit. XXI, art. 9), suivant lequel la nomination des experts n'a lieu d'office que faute par les parties d'y procéder. D'après l'article 305 du Code de procédure, le jugement doit ordonner que les parties nommeront les experts dans les trois jours de la signification, et bien que cette disposition ne porte point la sanction de la nullité, la Cour de cassation (arr. des 15 juin 1830 et 20 novembre 1866) l'a considérée comme substantielle, et a cassé des arrêts qui avaient nommé un expert d'une manière définitive, sans réserver le droit des parties. Toutefois, comme on doit plutôt supposer chez les juges un oubli qu'une violation de la loi, s'ils ont gardé le silence, il est permis de considérer le droit des parties comme implicitement réservé, et de ne point prononcer la nullité. Ce qu'il est plus difficile d'admettre, bien que la Cour de cassation l'ait jugé plusieurs fois, notamment le 9 février 1869 et le 15 juin 1870, c'est que le tribunal puisse désigner seul d'office des personnes chargées de lui fournir de *simples renseignements*. C'est là éluder les dispositions de la loi sur l'expertise; les experts donnent-ils d'ailleurs autre chose que des renseignements, puisque leur avis, nous allons le voir, n'est pas obligatoire pour le juge? La mise en demeure des parties nous semble donc indispensable dans tous les cas[2].

[1] Il ne serait pas permis, à l'inverse, d'en nommer quatre ou cinq. (Cass., 22 juillet 1850; Colmar, 5 avril 1830.) Quand le tribunal ordonne l'expertise d'office, il peut ne nommer qu'un expert (Rej., 15 juillet 1861 et 11 août 1868.)

[2] Voyez en ce sens l'article de M. Nicias Gaillard, *Revue critique*, tom. VI, p. 97.

117. Les experts peuvent être récusés, s'ils ont été nommés d'office; sinon, c'est à la partie qui voudrait se plaindre à s'imputer son propre choix, sauf toutefois le cas où un motif de récusation serait survenu depuis la nomination, mais avant la prestation de serment (*ibid.*, art. 308). Après cette prestation, on suppose que la religion du serment fera taire toute considération d'intérêt personnel qui viendrait à se manifester.

Les motifs de récusation pour les experts étaient autrefois les mêmes que pour les juges, ce que décide encore le Code de procédure italien (art. 254); d'après notre Code de procédure (art. 310), ce sont ceux pour lesquels les témoins peuvent être reprochés. Ce changement élague, d'une part, un grand nombre de motifs qui n'ont pas la même importance pour celui qui donne un avis que pour celui qui juge; d'autre part, il rend commun aux experts certains motifs de rejet contre les témoins, qu'on ne peut guère supposer en ce qui concerne les juges, notamment l'état d'accusation ou la condamnation à une peine correctionnelle pour vol (comp. les art. 283 et 378 C. de proc.). Au surplus, une théorie restrictive, quelle qu'elle soit, n'a pas pour les experts, et on peut en dire autant pour les juges, les mêmes inconvénients que pour les témoins. La loi peut sans danger être sévère, lorsqu'il y a possibilité de choisir.

118. En vertu d'un principe applicable à toute expertise, même administrative (arrêts du conseil d'État du 1er décembre et du 9 décembre 1852), les experts entrent en fonction par la prestation de serment devant un membre du tribunal, juge-commissaire, ou devant un juge de paix délégué (*ibid.*, art. 305). Dès ce moment aussi, ils ont droit à un salaire fixé par le tarif[1]. (*Tar. civ.*, livre Ier, chap. IV, et

[1] En matière administrative, le tarif civil n'étant pas applicable, les honoraires des experts doivent être réglés suivant les circonstances. (Arrêt du conseil d'État du 1er juin 1869.)

livre II, chap. VI). L'expertise elle-même est soumise au contrôle des parties intéressées. Le procès-verbal de prestation de serment indique les lieu, jour et heure de la première opération; il est signifié aux parties qui ne seraient pas présentes (*ibid.*, art. 315). Ultérieurement, il n'est plus fait aucune signification; seulement, à la fin de chaque séance, les experts indiquent où et quand aura lieu la suivante : les parties qui ne sont pas présentes ne peuvent s'en prendre qu'à elles-mêmes de leur ignorance des opérations. En tout cas, Boncenne fait observer avec raison que le droit qu'ont les parties d'assister à l'expertise ne peut s'entendre des délibérations intimes des arbitres sur l'avis à adopter, mais seulement des opérations extérieures. (Voy. art. 207, *ibid.*)

La loi de procédure de 1819, à Genève, a rendu simplement facultative la rédaction par écrit du rapport des experts, laquelle est chez nous obligatoire. Cette innovation, basée sur les avantages théoriques que présentent les explications verbales, a eu peu de succès dans la pratique. Boncenne fait remarquer que, sur 563 expertises ordonnées par le tribunal du canton de Genève, de 1829 à 1835, il y a eu 546 rapports écrits et 17 rapports verbaux seulement. La théorie a souvent ses entraînements; préoccupée de l'utilité qu'offre d'ordinaire la discussion orale, elle avait ici perdu de vue la complication habituelle des questions soumises à l'expertise, complication qui exige une rédaction écrite pour arrêter les idées. Un tempérament utile, déjà admis par le Parlement de Paris (arrêts du 26 juillet 1737 et du 3 avril 1785), c'est l'audition des experts par le tribunal, lorsque leur rapport présente quelques obscurités. Le projet de réforme du Code de procédure va plus loin; il autorise (art. 253) le tribunal à ordonner l'expertise en audience publique ou en chambre du conseil, en présence des par-

ties; alors le greffier dresse procès-verbal des conclusions des experts et des motifs de ces conclusions.

2° Foi de l'expertise.

119. Pour apprécier la valeur légale de ce mode de preuve, il importe de faire une distinction, applicable, ainsi que nous le verrons plus tard, à tout acte authentique. Ou bien les experts certifient qu'ils ont été tel jour à tel endroit, que telle partie assistait à leurs opérations, etc.; et comme ils ne font alors qu'attester d'après le témoignage de leurs sens des faits positifs, qu'ils ont qualité pour constater, ils sont crus jusqu'à inscription de faux (Rej., 14 janvier 1836) : ce sont des officiers publics temporaires. Ou bien, au contraire, ils émettent leur opinion sur le point en litige; et alors, quelle que soit leur bonne foi, on peut douter qu'ils aient découvert la vérité sur des données toujours plus ou moins conjecturales. Toutefois, l'ancienne coutume de Paris disait : « A un rapport de jurés dûment fait foi doit « être ajoutée, s'il n'en est demandé l'amendement des ba- « cheliers. » On appelait *bacheliers* les gens de l'art à ce connaissant, dont on pouvait invoquer l'expérience. Mais si les parties ne demandaient pas l'amendement, le juge était lié par le rapport. De là le vieil adage, mal à propos reproduit par certains auteurs modernes : *Ad quæstionem facti respondent juratores; ad quæstionem juris respondent judices.* C'est en partant de cette idée, encore vraie de nos jours en Allemagne, que M. Mittermaier compare les experts à des jurés[1]. (*Preuve en matière criminelle*, chap. XXVI.) Mais cette idée n'a plus été admissible chez nous dès l'époque de la

[1] Cette proposition était exacte dans les temps primitifs où le jury n'était qu'une forme particulière de l'expertise. (Voy. le n° 102 et la note sur l'origine du jury anglais).

réforme de la coutume de Paris, dont la dernière rédaction porte : « Doit être le rapport apporté en justice, pour, en « jugeant, y avoir tel égard que de raison. » Il faut donc substituer à l'ancienne maxime : *Ad quæstionem facti*, etc., cette autre, beaucoup plus raisonnable : *Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam*. « Les juges », dit l'article 323 du Code de procédure, « ne sont point astreints à suivre « l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose. » On doit louer notre ancienne jurisprudence d'avoir su, au moins en cette occasion, dégager la conscience du juge des entraves auxquelles l'assujettissait une pratique minutieusement formaliste.

Il ne faut cependant point confondre avec l'expertise judiciaire celle qui aurait eu lieu en vertu d'une convention. L'estimation arrêtée par des experts, en pareille hypothèse, tient lieu de loi aux parties (C. civ., art. 1134), puisqu'elle est le résultat d'une convention légalement formée. (Rej., 30 janvier 1853). En conséquence, lorsque le prix d'une vente est laissé à l'arbitrage d'un tiers (*ibid.*, art. 1592), on ne saurait revenir contre son estimation, même en alléguant une lésion de plus des sept douzièmes (Bordeaux, 23 juillet 1853). S'il en est autrement lorsqu'il s'agit de faire fixer par un tiers le règlement des parts dans une société (*ibid.*, art. 1854), c'est là une disposition tout exceptionnelle, empruntée aux traditions de la législation romaine (Paul, L. 79, D., *Pro socio*).

120. Il existait dans certains ressorts un autre abus, que le Code de procédure seul a fait cesser, c'était la faculté reconnue aux parties d'exiger une nouvelle expertise. Contestée à Paris, où la coutume s'exprimait en termes équivoques, cette faculté était admise de la manière la plus large dans certaines localités. En Provence, on pouvait en user indéfiniment jusqu'à ce qu'on eût obtenu trois exper-

tises conformes. Malgré les réclamations des Cours d'Aix, d'Agen et de Grenoble, le Code de procédure a tari cette source de frais, et maintenu le principe de l'indépendance du juge en matière de preuves. « Si les juges », dit l'article 322, « ne trouvent point dans le rapport des éclaircissements suffisants, ils pourront ordonner d'office une « nouvelle expertise par un ou plusieurs experts qu'ils « nommeront également d'office, et qui pourront demander « aux précédents experts les renseignements qu'ils trouveront convenables. » Les parties ne peuvent donc plus exiger un nouveau rapport, et au contraire il peut être ordonné contre leur gré. Mais faut-il aller jusqu'à soutenir avec Boncenne qu'il soit interdit aux parties de conclure à ce qu'il plaise aux juges ordonner une nouvelle expertise? Il nous semble que ce serait là prononcer une nullité sans but et vraiment dérisoire; car de deux choses l'une : ou le tribunal estimera une nouvelle expertise convenable, et alors elle aura forcément lieu; ou bien il se croira suffisamment éclairé, et alors les conclusions, valables ou non, seront parfaitement inutiles.

121. La Cour de cassation, partant du principe que les lois touchant des matières spéciales ne sont pas abrogées par le Code de procédure, décide constamment (voy. notamment les arrêts de cassation du 17 avril 1816 et du 28 mars 1831) que dans les causes d'enregistrement, d'après le système de la loi du 22 frimaire an VII, les juges ne peuvent s'écarter de l'avis des experts, sauf à ordonner une nouvelle expertise. On conçoit qu'il puisse y avoir quelque danger à ce que des évaluations délicates, qui donnent lieu à tant de fraudes contre le trésor public, soient entièrement à la merci d'un tribunal, trop souvent enclin à appliquer le brocard : *Fiscus post omnes*. Ce qui est plus fâcheux, c'est qu'on ait conservé en cette matière, sans aucune utilité,

les vieilles formes de l'expertise (loi du 22 frimaire an VII, art. 18) : la nomination d'un expert par chaque partie, puis l'adjonction d'un tiers arbitre en cas de partage[1]. Il conviendrait, sous ce dernier point de vue, de mettre en harmonie avec le droit commun la procédure en matière d'enregistrement. C'est ce qu'a fait, du moins pour l'hypothèse où le prix estimé ou bien la valeur déclarée n'excède pas deux mille francs, l'article 15 de la loi du 23 août 1871, en décidant qu'alors, dans tous les cas prévus par la loi du 22 frimaire an VII, et par l'article 11 de la loi du 23 août (relatif aux baux), l'expertise serait faite par un seul expert nommé par toutes les parties, ou, en cas de désaccord, par le président du tribunal sur simple requête.

122. Il reste à se demander si les experts, qui sont après tout des mandataires salariés (C. civ., art. 1992), peuvent être déclarés responsables envers les parties, d'erreurs ou de fautes graves, ainsi que le décidait l'article 264 de la coutume de Bretagne pour les priseurs et arpenteurs. Les véritables principes sur ce point ont été posés par un jugement du tribunal civil de Chaumont, confirmé par la Cour de Dijon, le 25 juillet 1854. « Tant que le rapport n'a pas été sanc-« tionné par le jugement du procès, c'est un simple acte « d'instruction, et le tribunal chargé de l'apprécier peut « non-seulement en écarter les conclusions, mais même en « mettre les frais à la charge personnelle des experts, en les « rendant passibles de dommages et intérêts, s'il est démontré « qu'ils ont commis des erreurs grossières ou apporté des « retards préjudiciables aux parties, ou enfin manqué d'une « manière essentielle aux devoirs que prescrivaient la pru-« dence et la délicatesse dans l'accomplissement de leur

[1] La législation autrichienne, pour obvier au danger de la partialité, fait nommer les experts par le juge, mais elle maintient l'ancien chiffre de deux experts (voy. M. Gennari, *Teoria delle prove*, n° 92) : ce qui entraîne toujours des lenteurs, lorsqu'il faut recourir à un tiers expert.

« mission. Mais il n'en peut plus être ainsi lorsque, après « des débats contradictoires, le rapport d'experts a été, « comme dans l'espèce, sanctionné par décision souveraine. « Alors il constitue un des éléments de la chose jugée, « contre laquelle nul n'est admis à revenir qu'en cas de dol « ou de fraude. » La Cour de Pau (arr. du 31 décembre 1863) a consacré la même solution.

II. EXPERTISE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 123. Application de l'expertise dans l'instruction préparatoire. — 124. Dans le débat public. — 125. Nomination des experts. Jusqu'où va le pouvoir discrétionnaire du président. — 126. Le ministère d'expert est-il obligatoire au criminel ? — 127. Audition des experts. — 128. Foi de leur rapport. — 129. Importance attachée en Allemagne à la médecine légale.

123. Dans les législations, comme celle de l'Autriche (Cod. de proc. pén. de 1853, § 253), où l'expertise lie le juge, on a dû soumettre à des règles précises les rapports faits par experts en matière criminelle. En France, où elle ne peut former qu'un élément de conviction, nous ne la trouvons mentionnée qu'en ce qui touche l'instruction préparatoire.

Nous avons déjà vu qu'aux termes de l'article 43 du Code d'instruction criminelle, le magistrat chargé de faire les premiers actes d'instruction se fait accompagner, au besoin, d'une ou deux personnes présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du délit. Ainsi, dans les questions de bris de clôture, d'effraction, d'emploi de fausses clefs, etc., on appellera des maçons ou des serruriers, afin de bien caractériser les faits. L'article 44 du même Code, reproduisant l'ordonnance de 1670 (tit. IV, art. 1), ainsi qu'une déclaration du 5 septembre 1712, veut que, toutes les fois qu'il s'agit d'une mort violente, ou d'une mort dont la cause est inconnue et suspecte, un ou deux officiers de santé fassent leur rapport

sur les causes de la mort et sur l'état du cadavre[1]. Ici, à la différence des rapports ordonnés en justice, la présence d'un docteur n'est pas nécessaire : c'est qu'on peut ne pas en trouver dans la localité. Mais toutes les fois que la chose sera praticable, comme elle l'est presque toujours dans les villes, il conviendra d'appeler de préférence un docteur. On évitera ainsi le danger signalé par M. Orfila dans son *Traité de médecine légale* (4e édit., tome I, page 37) : « L'expérience démontre », dit-il, « que la plupart des expertises « médico-légales ne sont incomplètes et mal conduites que « parce que les premiers experts appelés, faute de connaissances suffisantes, ont mal décrit certains faits, ou bien « ont négligé d'en vérifier un certain nombre d'autres, qu'il « ne sera plus possible de constater plus tard. » Les personnes ainsi appelées prêtent serment de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience. Un arrêt de rejet du 16 juillet 1829 a décidé que la formule de ce serment n'est point sacramentelle, et peut être suppléée par des expressions équivalentes. Cette décision raisonnable semblerait devoir s'appliquer à tout serment prêté de bonne foi ; malheureusement nous verrons ailleurs la loi, s'armant d'une rigueur exagérée, exiger certains mots à peine de nullité.

124. En ce qui touche les débats, même devant les Cours d'assises, nos Codes sont muets sur l'expertise, mais elle ne laisse pas d'y jouer un rôle important. On doit y recourir, soit que l'expertise n'ait pas eu lieu dans l'instruction préparatoire, soit qu'elle soit jugée insuffisante ; mais il n'est pas nécessaire qu'il soit procédé à l'expertise en

[1] En Angleterre, un magistrat élu par les propriétaires du comté est chargé de faire constater par un jury les cas de mort violente, ou du moins présumés tels. On l'appelle *coroner* (*coronator*), parce que ses fonctions ont surtout trait aux causes de la couronne.

présence des parties, comme en matière civile[1]. (Cass., 2 janvier 1858.) Au surplus, dans certains cas, bien que l'appréciation du fait n'exige pas de connaissances spéciales, il conviendra, à raison même de la publicité des débats, de prendre cette voie, lorsqu'une vérification directe blesserait la décence. Ainsi l'on ne saurait approuver la conduite d'un président de la Cour d'assises de la Seine, qui, en 1826, ordonna à une dame de se découvrir la gorge en pleine audience, afin de constater les traces qu'y avait laissées l'injection d'une eau corrosive.

125. Quand des connaissances médicales sont requises, l'art. 27 de la loi du 19 ventôse an XI ne permet de confier les fonctions d'expert auprès des tribunaux qu'à des médecins ou chirurgiens reçus suivant les formes anciennes, ou à des docteurs reçus suivant celles qui sont établies par cette même loi. En dehors de cette hypothèse, l'expertise, n'étant pas réglementée par le Code d'instruction criminelle, n'est qu'un mode employé en vertu du pouvoir discrétionnaire[2] (C. d'instr., art. 268) pour arriver à la découverte de la vérité. Aussi faut-il admettre (Rej., 16 décembre 1847) que toute personne peut remplir les fonctions d'expert au criminel, même un étranger, puisque le président de la Cour a le droit de faire entendre toute personne (*ibid.*, art. 269). Et l'on a appliqué aux experts ce que la loi dit des témoins, en décidant (rej. 4 juin 1864) que les personnes ainsi appelées pourraient ne point prêter serment (même art. 269).

[1] On a fait remarquer avec raison que le silence de nos lois pénales sur la marche de l'expertise laisse au juge trop d'arbitraire pour admettre ou rejeter à son gré les formes prescrites par le Code de procédure.

[2] Ce pouvoir, attribué expressément par la loi au président de la Cour d'assises, existe-t-il dans les juridictions inférieures, sinon pour le président, du moins pour le tribunal? Oui, en ce sens qu'on pourra toujours ordonner d'office ce qui peut éclairer le tribunal, mais non en ce sens qu'on puisse s'écarter des formes ordinaires, par exemple de l'obligation de faire prêter serment aux experts. (Cass. 23 janvier 1841.)

Mais, si l'on comprend qu'il y ait utilité à dispenser du serment des témoins qui, ainsi que nous le verrons, seraient reprochables en principe, on ne voit pas aussi bien l'avantage que présente l'audition de gens de l'art sans cette garantie.

Le pouvoir discrétionnaire a cependant ses limites ; bien que le texte qui défend de prendre l'interprète parmi les jurés ou parmi les juges (*ibid.*, art. 332) ne vise pas expressément les experts, il semble que c'est là simplement une application du principe constant qui ne permet pas à une même personne de cumuler deux qualités contradictoires. On a toutefois jugé (rej., 26 juin 1828) que le président d'une Cour d'assises avait pu dresser lui-même et produire aux débats un plan figuratif des lieux où le crime avait été commis. Mais cette décision nous paraît difficile à admettre; le pouvoir discrétionnaire doit-il être entendu en ce sens que le président puisse non-seulement ordonner, mais faire lui-même, ce qui est au moins bizarre, les opérations utiles à la manifestation de la vérité ?

126. Le ministère d'expert, facultatif en matière civile, ne doit-il pas être obligatoire en matière criminelle, à raison de la gravité des questions qu'il s'agit de résoudre ? Vainement dit-on qu'à la différence du témoin, l'expert peut se remplacer. (Voy. M. Mittermaier, chap. 28, n° 7.) Il y a telle personne, ayant des connaissances spéciales, qui se trouve à même, mieux qu'aucune autre, de donner de précieux renseignements sur le point en litige. Aussi était-on fort sévère, dans l'ancienne jurisprudence, pour les médecins ou chirurgiens qui désobéissaient à l'ordre du juge, en refusant leur ministère; ils pouvaient même être déchus de leurs degrés. Nos lois modernes n'ont édicté aucune peine spéciale pour un pareil refus, et c'est une des circonstances où l'on doit regretter l'absence, dans le corps médical, de toute juridiction disciplinaire. Toutefois la Cour de cassation,

le 5 août 1836, s'est crue autorisée à appliquer à un officier de santé qui avait refusé de visiter un cadavre, l'article 475, 12°, du Code pénal, prononçant une amende de six à dix francs contre ceux qui, le pouvant, « auront refusé ou négligé de faire les travaux, le service, ou de prêter le « secours dont ils auront été requis, dans les circonstances « d'accidents, tumultes, naufrages, inondations, incendies « ou autres calamités, ainsi que dans le cas de brigandages, « pillages, flagrants délits, clameurs publiques ou exécutions « judiciaires. » Mais il est à remarquer que c'est là une bien faible sanction, et que de plus l'art. 475 du Code pénal, supposant l'urgence, n'est susceptible de recevoir son application que dans l'instruction préparatoire, là où il est à craindre que les traces d'un crime récent ne viennent à disparaître; à l'audience, lorsqu'il s'agit d'une œuvre tout intellectuelle, d'une sorte de consultation, il n'y a plus péril en la demeure, la sanction pénale manque, et le devoir d'accepter la mission d'expert ne repose plus que sur les lois de l'honneur et de la morale.

127. Ce qui est incontestable, c'est que l'audition des experts à l'audience pour expliquer leur rapport, facultative au civil, est nécessaire au criminel dès qu'elle est requise. (Cass., 12 frim. an XI.) On ne peut se refuser à un débat oral sur des points aussi graves, dès que ce débat est provoqué comme nécessaire pour la manifestation de la vérité. (C. d'instr., art. 408.)

128. Quant à la foi de ce rapport, elle n'est pas plus grande au criminel qu'au civil. Il est toujours permis de s'écarter de l'opinion des experts (rej., 1er avril 1843), et la Cour ou le tribunal ont toujours la faculté d'ordonner un nouveau rapport[1] : faculté dont il fut fait une application

[1] D'après la loi wurtembergeoise (art. 101, 102, 294), un second rapport est nécessaire dans les points qui touchent à la médecine légale, et, en cas de doute, l'opinion favorable à l'accusé doit prévaloir.

remarquable dans l'affaire Lafarge. Le principe que l'avis des experts ne peut lier le tribunal s'il n'est fondé en raison et en vérité, bien qu'encore repoussé par le Code de procédure pénale autrichien de 1853 (§ 253), tend cependant aujourd'hui à prévaloir, même en Allemagne. (Ord. crim. de Prusse, § 388; Cod. bavarois, art. 265.) Mais il importe de ne pas s'écarter arbitrairement de l'opinion émise par des hommes ayant des connaissances toutes spéciales. A cet égard, il convient d'examiner surtout trois points (voy. M. Mittermaier, chap. xxx) : 1° Les lois scientifiques sur lesquelles se fondent les experts sont-elles constantes ou sujettes à constestation? 2° l'application de ces lois scientifiques à l'espèce est-elle conforme aux règles d'une saine logique? 3° les déclarations des experts sont-elles en rapport avec les aveux de l'accusé et avec les déclarations des témoins? Ajoutons, avec un jurisconsulte anglais (M. Lofft, cité par M. Greenleaf, tom. III, p. 138, not. 1), que l'opinion des gens de l'art mérite beaucoup plus de foi lorsqu'elle est *affirmative* que lorsqu'elle est purement *négative*[1].

129. On s'est souvent plaint en France de ce qu'a d'arbitraire dans la pratique le choix des experts, et de l'inexpérience, non-seulement des jurés, mais des magistrats en ce qui touche les questions de médecine légale. M. Mittermaier (note finale du chap. xxx) fait remarquer qu'en Allemagne, il y a près de chaque tribunal un médecin légal chargé des expertises, dans chaque province un collége médical, ou du moins un rapporteur, et dans chaque chef-lieu de gouvernement un collége médical supérieur. De plus, tout étudiant en droit est tenu de suivre un cours de médecine légale.

[1] M. Wladimirow, dans son *Étude sur le jury*, déjà citée (*Revue internationale* de Gand, 1872, n° 1), va plus loin; il voudrait que l'on fît des experts une sorte de *jury* dont l'opinion lierait le juge, du moins lorsqu'elle serait unanime : ce qui rappelle la constitution d'Adrien sur les réponses des jurisconsultes (Gaius, *Comm.*, I, § 7).

DEUXIÈME PARTIE

FOI AU TÉMOIGNAGE. — PREUVES PROPREMENT DITES.

SOMMAIRE. — 130. Preuves proprement dites, reposant sur le témoignage. — De la preuve simple et de la preuve légale. — 132. Utilité des preuves préconstituées. Division.

130. Nous avons achevé ce que nous avions à dire sur la preuve directe qui résulte de l'expérience personnelle, soit quant à cette preuve elle-même, soit quant à l'expertise, qui en est l'auxiliaire. Les autres preuves, qui ne se rattachent pas ainsi à l'évidence, ont cela de commun qu'elles s'appliquent à des faits qui se sont passés hors de la sphère d'observation du juge. Mais elles se distinguent par la voie que suit le juge pour atteindre ces faits. Nous avons vu qu'on appelle spécialement *preuves* celles dans lesquelles il fait appel au témoignage de l'homme; et *présomptions*, celles dans lesquelles il ne s'appuie que sur des faits de l'ordre physique ou de l'ordre moral. Nous nous occupons maintenant des preuves proprement dites, c'est-à-dire de l'emploi du témoignage, en prenant ce mot dans le sens le plus large (n° 15), pour arriver à la connaissance de la vérité.

131. Quant à la marche qu'il convient de suivre pour recueillir des témoignages sur les faits passés, on peut concevoir deux systèmes absolus. Le premier de ces systèmes consiste à établir un fait judiciaire, de même qu'un fait de toute autre nature, en recherchant, sans aucun plan préconçu, sans aucune entrave, tout ce qui peut faire reconnaître l'existence de ce fait. Bentham (*Preuves judiciaires*, livre I^er^, chap. III) donne comme

type de ce système la marche que suit un bon père de famille, lorsqu'il veut rechercher l'auteur de quelque infraction à la discipline domestique. La procédure romaine, si subtile sous d'autres rapports, se rapprochait beaucoup, en ce qui touche les preuves, de cette marche naturelle, puisque les règles qui ailleurs ont enchaîné la conviction du juge, y étaient presque entièrement inconnues jusqu'au Bas-Empire. On a souvent cité sur ce point un rescrit d'Adrien, rapporté dans la loi 7, § 2, D., *De testib.* : « Quæ argumenta et ad quem modum probandæ cuique rei « sufficiant, nullo satis certo modo definiri potest. Sicut non « semper, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei « veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias digni- « tas et auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat « rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ego solum tibi rescribere « possum summatim, non utique ad unam probationis speciem « cognitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi « tui te æstimare debere, quid aut credas, aut parum pro- « batum tibi opineris. » Tel est aussi le système consacré par notre Code d'instruction criminelle, dont l'article 342 est conçu en ces termes : « La loi ne demande pas compte « aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; « elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent « faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffi- « sance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux- « mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, « dans la sincérité de leur conscience, quelle impression « ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre « l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit « point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou « tel nombre de témoins; » elle ne leur dit pas non plus : « Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute « preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de

« telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices ; « elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme « toute la mesure de leurs devoirs : *Avez-vous une intime con-* « *viction ?* » Ce sont là des principes auxquels doit s'attacher toute juridiction civile ou criminelle, lorsque le contraire n'est point établi par un texte spécial. On comprend, du reste, que l'institution du jury repose spécialement sur l'intime conviction, et la sage doctrine formulée dans le rescrit d'Adrien s'appliquait aussi le plus habituellement aux *judices*, c'est-à-dire aux simples citoyens appelés à l'exercice des fonctions judiciaires ; mais il est constant, dans notre droit (Cass. ; 13 novembre 1834), que les magistrats remplissent, pour la constatation et l'appréciation des faits, les fonctions de juré.

Un autre système, diamétralement opposé au premier, consiste à rechercher la vérité par des procédés pour ainsi dire techniques, en déterminant certaines circonstances dont l'absence ne permettrait pas au juge d'être légalement convaincu, et dont la réunion, au contraire, entraînerait forcément sa conviction. En pleine vigueur dans notre ancienne jurisprudence et dans presque toute l'Europe, jusqu'à ce que les travaux des publicistes du dernier siècle eussent commencé à en mettre à nu les vices, ce système, bien que singulièrement mitigé dans son application [1], a encore aujourd'hui des partisans en Allemagne. Il n'est cependant pas originaire de cette contrée, et la tradition germanique attribue aux guerres d'Italie l'invasion de la doctrine des preuves légales, qui fit oublier les grands coutumiers alle-

[1] Ainsi, on le soutient aujourd'hui en matière criminelle plutôt dans l'intérêt de l'accusé, qui ne pourrait être condamné en l'absence de certaines conditions, que dans celui de l'accusation, à laquelle il est trop dur et trop inique de donner forcément gain de cause, à raison du concours de certaines preuves. C'est en ce sens qu'il est consacré par le Code de procédure pénale autrichien de 1853.

mands, *le Miroir de Saxe* et *le Miroir de Souabe*, où se réfléchissait le caractère plus simple des anciennes coutumes germaniques. On trouve le beau idéal de ce système dans le récit que nous fait Dumont (note sur le livre I^er^, chap. III, des *Preuves* de Bentham) d'un incident dont il fut témoin à la Cour du banc du Roi, en Angleterre. Le célèbre Wilkes, après s'être soustrait quelque temps à la sentence qui l'attendait, vint se présenter à l'improviste pour la recevoir. La forme voulait, non qu'il vînt de lui-même, mais qu'il parût envoyé par le shérif; or, cette forme manquant, l'embarras de la justice était une vraie comédie. Enfin un des juges lui dit : « Monsieur, je veux bien croire en mon particulier que « vous êtes là, puisque vous le dites et que je le vois; mais « il n'y a point d'exemple que la Cour, en pareille affaire, « ait cru devoir se fier à ses propres yeux. Aussi, n'a-t-elle « rien à vous dire. » Ainsi pratiquée, la jurisprudence devient, suivant la plaisante définition de Bentham, l'art d'ignorer méthodiquement ce qui est connu de tout le monde.

Ce système éminemment technique n'a jamais pu être pratiqué que par des juges de profession. Aussi le voyons-nous prendre naissance au Bas-Empire, lorsque l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum* eut attribué au magistrat le pouvoir judiciaire tout entier. On se rappelle qu'à cette époque les questions de droit elles-mêmes étaient résolues suivant un mode tracé à l'avance, c'est-à-dire par l'autorité de certains jurisconsultes[1]. Le développement des preuves légales dans l'Europe moderne coïncide aussi avec les progrès de l'institution des tribunaux permanents. Est-ce à

[1] C'est au même ordre d'idées que se rattache la pratique allemande de la *transmission des actes* aux facultés de droit pour la solution des difficultés juridiques, et aux colléges médicaux pour celle des questions scientifiques.

dire qu'il faille considérer ce système comme essentiel à la magistrature, et réserver au jury la faculté de se décider d'après une intime conviction, dégagée de toute règle préconçue? Cette opinion soutenue par certains théoriciens nous paraît démentie par l'expérience. Est-ce que les magistrats, à Rome, ne prononçaient pas eux-mêmes *extra ordinem*, sans être astreints, jusqu'au Bas-Empire, à d'autres règles qu'à celles de la raison? Est-ce que nos tribunaux, soit en matière civile, soit en matière correctionnelle ou de police, ne statuent pas tous les jours sur des questions de fait avec autant de bon sens que pourraient en avoir des jurés? Ce qui est vrai, c'est que la preuve légale répugne au jury; aussi la décadence de cette preuve en Allemagne suit-elle une marche parallèle à celle des progrès de la procédure par jurés. Il faut remarquer néanmoins que la procédure de l'Angleterre et des États-Unis, tout en admettant le jury même au civil, délimite ses attributions et lui trace une règle de conduite relativement à la preuve : ce qui constitue un système de preuve légale mitigé, dont nous aurons occasion de faire ressortir le caractère original.

132. Mais, si la raison ne permet pas d'adopter comme règle générale le système des preuves purement légales, on ne saurait malheureusement, dans un état de civilisation avancé, prendre toujours pour type la procédure domestique. Il devient nécessaire d'assujettir à certaines formes la constatation des faits les plus importants. C'est ainsi que nous avons encore aujourd'hui un certain nombre de preuves légales dont l'utilité n'est guère contestée, par exemple, les actes authentiques[1]. Nous nommerons, avec le publiciste

[1] Suivant les auteurs de la première traduction italienne de notre *Traité des preuves* (Naples, 1845), la foi des actes authentiques n'aurait rien de commun avec le système des preuves légales; elle se rattacherait à la force exécutoire de l'acte, le notaire rendant un jugement de *re præsenti*, comme le juge rend un jugement *de præterito*. Mais, nous l'établirons plus tard,

anglais, les preuves de cette espèce *preuves préconstituées*, c'est-à-dire préparées en quelque sorte à l'avance pour la sécurité des parties, qui ont besoin de conserver la trace de telle ou telle convention, de tel ou tel événement. Admettre ces preuves, ce n'est pas admettre avec toute son extension l'ancien système des preuves légales, lequel consistait à établir une sorte de tarif des témoignages produits en justice, tarif qui réduisait le juge à un rôle purement passif, en le privant de l'importante faculté d'en apprécier la valeur morale. Ce n'est que dans le cas où des actes ont dû être dressés à l'avance, avec certaines formes, que le juge est astreint à ne pas sortir d'une seule nature de preuve, *ad unam probationis speciem alligatur*, suivant l'expression énergique d'Adrien. Dans les autres cas, on lui accorde un pouvoir discrétionnaire, la marche de la preuve n'est plus artificielle, mais conforme à la nature des choses, sauf certaines restrictions, vestiges de l'ancien système, que nous aurons occasion de critiquer.

Une observation importante, en ce qui concerne la preuve naturelle et la preuve légale, c'est que la dernière s'applique mieux aux conventions, pour lesquelles les parties peuvent prendre leurs précautions à l'avance, tandis qu'on doit généralement, à peine d'arbitraire, suivre la marche la plus simple, quand il s'agit d'un fait qui n'a pu être prévu, notamment d'un fait illicite. C'est ce qui explique pourquoi la procédure, sous le point de vue qui nous occupe, est moins technique, moins embarrassée de formes au criminel qu'au civil.

La distinction fondamentale que nous venons de poser

a force exécutoire et l'authenticité sont deux choses essentiellement distinctes; ainsi, les actes de l'état civil sont authentiques, bien que n'étant nullement exécutoires. L'explication proposée est donc plus ingénieuse que solide.

servira de base à la division que nous adopterons dans cette partie de notre ouvrage. Nous traiterons, dans un premier livre, des preuves dans leur forme la plus simple [1], et dans un second, des preuves préconstituées.

[1] Nous n'employons pas l'expression de *preuves naturelles*, qui serait exagérée dans notre législation, où les preuves qui ne sont pas préconstituées sont encore souvent entourées de bien des formes, notamment en ce qui touche l'administration de la preuve par témoins.

LIVRE PREMIER

PREUVES DANS LEUR FORME LA PLUS SIMPLE, GÉNÉRALEMENT ORALES.

SOMMAIRE. — 133. Déclaration de l'homme sur les faits passés, le plus souvent orale. — 134. Trois branches de preuves simples : Témoignage proprement dit ; — Aveu ou serment décisoire ; — Serment supplétoire.

133. Comment s'y prend-on, quand on veut obtenir de ses semblables des renseignements sur le passé? On les interroge. C'est la manière la plus simple d'en appeler au témoignage de l'homme. Toutefois il ne faut pas considérer la réponse de vive voix à un interrogatoire comme essentielle dans tout témoignage qui n'est pas préconstitué, c'est-à-dire préparé à l'avance avec certaines formes. Nous verrons qu'en l'absence même de toute réponse, la manière d'agir des parties, quelquefois simplement leur silence, peuvent amener la découverte de la vérité. Seulement, la preuve inartificielle est habituellement orale, comme nous verrons que la preuve préconstituée est habituellement littérale ou par écrit.

134. La déclaration de l'homme sur des faits passés peut être l'œuvre de tiers désintéressés : c'est alors la preuve testimoniale proprement dite ; — du défendeur : c'est le cas de l'aveu, auquel se rattache le serment décisoire ; — enfin, du demandeur lui-même, lorsqu'on lui défère le serment supplétoire, ou lorsqu'il est admis à affirmer dans son intérêt.

Si nous nous attachions seulement à la force probante de ces divers témoignages, nous devrions commencer par l'aveu, qui agit bien plus efficacement que les autres sur l'esprit du juge. Mais il importe de poser avant tout les principes sur l'admission de la preuve testimoniale : principes fondamentaux dans notre droit, et qui dominent toute la matière. Cet ordre offre d'ailleurs l'avantage de rapprocher tout ce qui est relatif au serment.

de la formule, mal à propos critiquée par des esprits superficiels, tendait à préciser bien nettement les intentions des contractants, et à empêcher les souvenirs des témoins de s'égarer [1]. Si la défense prononcée par la loi de prouver par témoins telle ou telle convention, tel ou tel fait, peut paraître dure à certains esprits; quand, en fait, un écrit a été rédigé, il semble aussi utile que raisonnable de ne plus chercher ailleurs le récit de ce qui s'est passé. Car, en supposant même que les pourparlers qui ont précédé ou accompagné la rédaction soient fidèlement rapportés par les témoins, comment confondre sans arbitraire ces pourparlers avec la rédaction? Par cela seul qu'on n'a pas reproduit dans l'acte ces modifications de la convention, n'est-il pas éminemment probable qu'on a voulu les exclure, ou du moins qu'on ne s'y est pas arrêté sérieusement? En posant cette règle, la loi ne s'écarte pas de la volonté des parties, elle ne fait que l'interpréter sainement. Aussi allons-nous voir que cette idée est bien plus ancienne et bien plus généralement admise que celle qui tend, *a priori*, à exclure la preuve testimoniale dans certaines hypothèses.

138. Bien que les Romains fussent loin d'attacher la même importance que nous à la preuve écrite, et que la preuve testimoniale ne fût presque jamais écartée chez eux, nous lisons dans les Sentences de Paul (livre V, titre XV, § 4): « Testes, quum de fide tabularum nihil dicitur, adver« sus scripturam interrogari non possunt. » Ce texte établit une importante distinction, encore applicable aujourd'hui : ou bien il s'agit d'attaquer la sincérité de l'écrit, d'en rechercher l'origine, et alors on peut avoir recours à la preuve testimoniale; ou bien on veut, sans attaquer la sin-

[1] L'intervention des *pacta adjecta*, qui pouvaient modifier la stipulation, est probablement une dérogation postérieure, motivée sur l'équité, au principe qui n'attachait de force qu'aux pactes consacrés par le droit civil.

cérité de l'écrit, soutenir que les conventions ont été différentes de ce que porte sa teneur, et alors on n'est pas reçu à faire entendre des témoins sur ce point. Mais l'état dans lequel nous sont parvenues les Sentences de Paul prête à la supposition d'une interpolation de ce fragment, à l'appui duquel on ne saurait citer aucun texte ancien d'une authenticité reconnue. Il est également douteux qu'on doive attribuer à Caracalla, ainsi que le pense Cujas, la loi 1re *De testibus*, au Code de Justinien : « Contra scriptum testi- « monium, non scriptum testimonium non fertur. » Cette constitution, restituée par Cujas d'après les Basiliques, mais dont rien n'indique la date, pourrait bien être de quelque empereur plus récent. On oppose ordinairement à ce texte et à celui de Paul la constitution de Constantin qui forme la loi 15, *De fide instrumentorum*, au même Code : « In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides in- « strumentorum quam depositiones testium. » Mais cette dernière constitution n'a rien de bien précis. Il peut se faire qu'elle ait voulu tout simplement indiquer l'admissibilité des deux genres de preuves pris isolément, sans en supposer le conflit, et sans s'expliquer dès lors sur la supériorité relative des écrits et des témoins. Quoi qu'il en soit, même en admettant l'altération du texte de Paul et en donnant à la loi 1re, au Code, *testibus*, une date plus récente que celle qui lui est attribuée par Cujas, il resterait toujours établi qu'au plus tard au sixième siècle, lors de la publication des compilations où se trouvent ces deux textes, en Orient comme en Occident [1], on admettait que la preuve écrite ne peut pas être combattue par la preuve testimoniale [2]. Il est vrai que Justinien (L. 14, Cod., *De contr.*

[1] On sait que les Sentences de Paul avaient conservé force de loi en Occident.

[2] On peut consulter sur cette question la dissertation de M. Derome, *De l'autorité relative de la preuve littérale et de la preuve testimoniale en droit romain.* (*Rev. de législation*, nouv. sér., tom. I, p. 291.)

stip., § 12, Inst., *De inut. stip.*) a cru devoir rendre une constitution spéciale pour empêcher d'attaquer, en alléguant un *alibi*, l'acte qui constatait la présence des parties lors d'une stipulation, à moins que l'*alibi* ne fût clairement prouvé par écrit ou par des témoins irréprochables. Mais il ne s'agit pas là de suppléer aux énonciations de l'acte par des preuves prises en dehors de l'écrit; il s'agit d'une sorte d'inscription de faux, qui met en question la sincérité même de cet acte. En nous référant à la distinction que pose le texte attribué à Paul, « quum de fide tabularum nihil dici- « tur », nous reconnaîtrons qu'il n'y a rien dans cette décision de Justinien qui contrarie le principe général sur la foi des écrits. Encore moins faut-il s'attacher, ainsi que le fait Toullier (*De la preuve testimoniale*, § 3), à la Novelle 73, chap. III, qui établit la supériorité de la preuve testimoniale là où il s'agit uniquement d'apprécier la sincérité d'un écrit: vérification pour laquelle, en effet, des témoignages directs valent évidemment mieux que la comparaison d'écritures. On a souvent fait la même observation chez nous, et cependant nous sommes loin d'admettre la preuve testimoniale contre le contenu aux actes; mais c'est qu'il faut supposer que la sincérité de ces actes n'est pas elle-même mise en question (n° 718).

Au moyen âge même, lorsque l'art d'écrire n'était plus pratiqué que par un certain nombre de clercs, la maxime : *Témoins passent lettres*, ne fut pas toujours admise. « Quant « aucuns s'est obligiés par lettres », écrivait Beaumanoir (chap. XXXIX, § 3) au treizième siècle, « et cil qui s'obliga, « nie l'obligation, il ne le convient prover, fors par lettres. » Cette doctrine n'avait pas prévalu dans la pratique du quinzième siècle, ainsi que nous le rapporte Bouteillier dans sa *Somme rurale* (titre CVI) : « S'il advient qu'en jugement une « partie se veuille aider de lettres en preuves, et l'autre par-

« tie se veuille aider de témoignage singulier, sachez que la « vive voix passe vigueur de lettres, si les témoings sont « contraires aux lettres. » Mais il ajoute qu'en matière de rentes annuelles (ce qui comprenait alors les créances les plus importantes), « lettres sont plus à croire que vive voix « de témoins, si on ne propose fausseté contre lesdites « lettres. » Enfin, lorsqu'il s'agissait de prouver contre la teneur d'un acte public, certains interprètes exigeaient deux témoins, d'autres trois, d'autres même quatre. (Fab., ad leg. 15, Cod., *De fid. instr.*) On voit que la faculté d'attaquer la preuve écrite au moyen de la preuve orale n'a été admise sans restriction, même dans notre plus ancien droit, ni à toutes les époques ni en toute matière. C'est en 1566 qu'elle a été définitivement supprimée en France par l'ordonnance de Moulins, dont l'ordonnance de 1667 (titre XX, art. 2) et l'article 1341 du Code civil n'ont fait que reproduire la décision. Il ne paraît pas d'ailleurs que sur ce point il se soit élevé de sérieuses réclamations, lors de la promulgation de l'ordonnance. La jurisprudence des parlements s'est constamment conformée à cette règle. Ainsi, on a toujours reconnu qu'en l'absence d'une inscription de faux, une partie n'est pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ou les notaires qui l'ont reçu, pour expliquer ce qui y est contenu, et déposer de ce dont on est convenu lors de sa confection. (Voy. Pothier, *Oblig.*, n° 797.)

139. Le principe que *lettres passent témoins* est aujourd'hui assez généralement admis en Europe; il l'est même dans les pays qui n'admettent pas l'exclusion de la preuve testimoniale avec la même étendue que la loi française. Ainsi, le Code autrichien (art. 881-887), qui permet en général de prouver aussi bien par témoins que par écrit, ajoute cependant que, s'il y a contrat écrit, les dispositions

orales sont sans effet. En Angleterre, où nous verrons que les restrictions à la preuve par témoins sont moins étendues que chez nous, on déclare cependant que la preuve orale n'est pas admissible, même dans les Cours d'équité, pour annuler ou pour modifier la teneur d'un écrit. « Parol evi- « dence », dit Blaxland, auteur qui s'est attaché à comparer les lois anglaises aux nôtres, « is not admissible at law « or in equity, to disannul or substantially vary a written « agreement. » (*Codex rerum Anglicanarum, or a Digest of the principles of English law*, Londres, 1829, liv. III, tit. IV, sect. II. Voy. aussi M. Greenleaf, tom. I, part. II, chap. XV.) De même, le Code du canton de Berne (art. 686, 687, 691), après avoir établi qu'un écrit ne sera exigé que dans les cas déterminés par la loi, veut cependant qu'on ne puisse alléguer contre un contrat écrit les conventions faites avant la rédaction de ce contrat ou en même temps [1].

140. Ce principe, qu'on ne peut faire entendre de témoins contre et outre le contenu aux actes, doit être sainement interprété. Il ne saurait vouloir dire que jamais on ne pourra invoquer la preuve testimoniale pour combattre les allégations consignées dans un écrit. Il s'agit uniquement, dans cette prohibition, du cas où les contractants eux-mêmes voudraient faire revivre de simples pourparlers, afin de modifier la convention, telle qu'elle résulte de l'écrit qui est leur ouvrage. Peu importe alors qu'il s'agisse d'une convention concomitante à la confection de l'acte, ou d'une convention modificative intervenue postérieurement, puisqu'on ne peut prouver par témoins ce qui serait allégué avoir été dit *avant*, *lors ou depuis les actes*. Il fallait rédiger un acte nouveau, ainsi que l'a fort bien jugé la Cour de

[1] En Algérie, la preuve testimoniale, réputée la meilleure de toutes, est admissible contre les actes reçus par les cadis, bien que ces actes soient authentiques. (Rej. 23 novembre 1858.)

cassation, le 10 mai 1842. Mais on doit laisser toute latitude, pour combattre les énonciations mensongères que cet écrit peut contenir, aux tiers, auxquels on ne saurait opposer une rédaction qui n'est point leur fait. Il est impossible d'invoquer la maxime : *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*, dans tous les cas où des tiers attaquent l'acte comme renfermant une simulation ou un mensonge à leur préjudice : ce qui a été jugé notamment par la Cour de cassation, le 5 janvier 1831, à l'égard des dispositions d'un contrat de mariage tendant à éluder les droits de réservataires qui n'y étaient point parties. On retrouve la même doctrine dans un arrêt de cassation du 10 juin 1816, quant à la simulation de prix dans un acte de vente également au détriment de tiers.

140 ***bis.*** La régie de l'enregistrement doit-elle être considérée comme un tiers quant aux déclarations contenues dans les actes des parties? A cet égard, on distingue entre les droits d'acte et les droits de mutation. Pour les premiers, la perception portant sur l'acte, et non sur la convention, l'écrit doit être pris *prout sonat*. Pour les seconds, la régie est admissible, en principe, à rechercher la véritable importance de la mutation frappée à son profit d'un droit proportionnel. C'est ce que Dumoulin disait du seigneur : *Dominus admissibilis est ad probandum contra actum ab utraque parte adprobatum.* (Voy. aussi Pothier, *Oblig.*, n° 801.)

Toutefois, les principes particuliers de la législation fiscale, qui veut que toute perception soit assise sur des bases précises, ne permettent point ici l'application du droit commun, aux termes duquel les tiers sont autorisés à prouver, par tous les moyens possibles, la fraude faite à leurs droits. Au cas de mutation immobilière, la loi du 22 frimaire an VII (art. 17-19) établit un mode spécial d'expertise pour constater la valeur des immeubles, objet de la mutation.

Au cas de mutation mobilière, la loi est muette : d'où la Cour de cassation avait conclu d'abord que la déclaration des parties (*ibid.*, art. 16) serait susceptible d'être critiquée par tous les moyens de droit commun, par la preuve testimoniale, par de simples présomptions, par un interrogatoire, et même par la commune renommée. (Arr. du 24 mars 1846.) Mais la Cour a fini (Cass., 25 février 1860) par répudier ce système, comme introduisant l'arbitraire dans les lois fiscales et tendant à jeter l'inquiétude dans les familles. La preuve testimoniale étant d'ailleurs en opposition avec la procédure de l'enregistrement, qui n'admet point d'enquête (*ibid.*, art. 65), il faut que la régie et, à l'inverse, les parties, si elles veulent faire tomber les actes produits, invoquent des documents écrits. (Cass., 17 mars 1862; voy. aussi Rej., 27 mai 1868.)

Mais la multiplicité des fraudes qui se pratiquaient pour la dissimulation dans le prix de la vente, ou dans la soulte d'un échange ou d'un partage, a déterminé le législateur de 1871 à autoriser la preuve de dissimulations de cette nature par tous les genres de preuve admis de droit commun, avec cette réserve toutefois que l'administration ne peut déférer le serment décisoire, et ne peut user de la preuve testimoniale que pendant dix ans, à partir de l'enregistrement de l'acte. (Loi du 23 août 1871, art. 13.) Ce changement dans le fond du droit en a entraîné un autre dans la procédure, qui a lieu, non plus par simples mémoires, mais oralement, suivant les formes de la procédure sommaire, sans toutefois que le ministère des avoués soit obligatoire.

141. Si les énonciations mensongères sont l'œuvre du dol ou de la violence, les parties elles-mêmes ont toujours été admises à attaquer la rédaction de l'acte [1]. Telle est l'es-

[1] La doctrine anglaise est dans le même sens. (M. Greenleaf, tom. I, p. 373.)

pèce posée dans un rescrit de Dioclétien (L. 5, Cod., *Plus valere quod agitur quàm quod simulate concipitur*), où l'empereur suppose qu'on a fait signer à quelqu'un qui n'a point relu l'écrit (*non relegentem, sed fidem habentem*), un acte de vente, au lieu d'un bail. L'ordonnance de Moulins n'a point entendu prohiber, en pareille hypothèse, la preuve par témoins. *Quotiescumque*, dit Boiceau (part. 1, chap. VII, n° 8), *in contractum scriptum aliquid objicitur, quod genuinam contractus naturam destruit, ut vis, metus... dolosa inductio... hæc omnia sub lege ista comprehendi non possunt, quòd nimirum criminis speciem habeant.* Aujourd'hui également, l'art. 1353, bien qu'il ne parle que des présomptions[1], est généralement interprété, ainsi que nous le verrons, comme autorisant implicitement la preuve testimoniale *pour cause de fraude ou de dol.* C'est ainsi qu'un créancier a été admis à prouver que le débiteur avait écrit, sur le titre qu'il avait été chargé de rédiger, *cent francs*, au lieu de *trois cents francs*, montant réel de la dette. (Rej., 14 juillet 1843.)

142. Mais, à part le cas de violence ou de dol, les parties sont-elles recevables à attaquer pour cause de simulation un écrit qu'elles ont volontairement souscrit? Est-ce là contrevenir au principe qui défend de prouver contre ou outre le contenu aux actes?

S'il est constant que les parties n'ont pas agi sérieusement, il semble étrange d'admettre que la fiction doive l'emporter sur la vérité. Peut-on considérer une convention simulée comme légalement formée (C. civ., art. 1134), et dès lors comme obligatoire? Telle était la doctrine des jurisconsultes romains, qui ne faisaient aucune distinction entre

[1] Les anciens interprètes se demandaient (Danty, Add. au chap. VII de Boiceau, n°s 57 et suiv.) combien il fallait réunir de présomptions pour qu'il fût permis d'attaquer un contrat comme simulé, mais nous verrons que pareille question ne saurait être agitée aujourd'hui.

les parties contractantes et les tiers : « Acta simulata », dit Dioclétien (L. 3, Cod., *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*), « veritatis substantiam mutare non « possunt. » Cette doctrine est généralement admise chez nous, du moins au cas où la simulation implique une fraude à la loi, bien qu'il n'y ait eu aucune fraude envers les tiers. On a soutenu, à la vérité, que, même dans cette hypothèse, les tiers intéressés [1] peuvent seuls attaquer un acte pour cause de simulation, et que celui qui l'a souscrit n'est jamais recevable à revenir sur son propre fait, par exemple, à établir que la cause réelle du billet par lui signé est une dette de jeu. On a invoqué, à cet égard, l'opinion de Pothier, qui dit (*ibid.*, n° 801) que les parties doivent s'imputer de ne s'être point fait donner une contre-lettre. Mais rien n'indique que Pothier raisonne dans l'hypothèse d'une fraude à la loi, et nous voyons, au contraire, dans l'ancien droit, les promesses faites pour jeu, *quoique déguisées*, déclarées nulles par l'article 138 de l'ordonnance de 1629. Les motifs qui ont dicté cette disposition subsistent encore aujourd'hui, et la jurisprudence autorise les parties à faire preuve par tous les moyens possibles de la simulation *in fraudem legis*. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, sections réunies, par un arrêt du 7 mai 1836, dans l'hypothèse d'un billet ayant pour cause apparente un prêt, et pour cause réelle un dédit de mariage. Il était vraiment par trop dérisoire, dans l'espèce, d'exiger que la fausseté de la cause fût établie par une contre-lettre : entendre ainsi l'article 1341, ce serait autoriser toutes les fraudes à la loi, puisque l'on en rendrait la preuve impossible. D'ailleurs l'article 1353, qui autorise

[1] Par tiers intéressés, il faut entendre ici même les créanciers hypothécaires, qui peuvent faire tomber l'acte simulé sans avoir besoin de prouver la fraude. Aux termes de l'article 1167 (Rej., 26 juillet 1864), cette décision est en harmonie avec les principes sur les contre-lettres (n° 517).

la preuve testimoniale, ainsi que nous le verrons, en cas de *fraude*, ne distingue pas entre la fraude envers les particuliers et la fraude à la loi. La Cour de Lyon a fait une application remarquable de cette doctrine, le 10 avril 1856, en annulant pour cause de simulation un mariage contracté le 4 floréal an III entre un jeune homme de vingt-trois ans et une femme de soixante-huit ans, afin d'échapper aux lois sur le recrutement [1].

Mais que faut-il décider en cas de simulation simple, c'est-à-dire n'ayant pour but ni de nuire à des tiers, ni de frauder la loi? Même dans cette hypothèse, la Cour d'Aix, attachée aux traditions de la loi romaine, a jugé, en principe, le 23 janvier 1871, « que la simulation ne change pas « la nature des actes réels qu'elle cache; que toute personne « intéressée peut prouver la simulation et faire valoir la nul- « lité de l'acte dissimulé, s'il est nul; que cette règle devra « recevoir son application, même lorsqu'il s'agit des parties « contractantes; qu'on ne saurait, en effet, leur refuser le « droit de prouver la fausse cause d'une obligation qui « n'aurait pas été sérieuse, et qui, dans leur pensée, ne « devait pas être exécutée. » Toutefois l'arrêt exige, pour faire tomber un acte écrit, public ou privé, un commencement de preuve par écrit : ce qui rentre, nous allons le voir, dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Mais on pense généralement que lorsqu'il n'y a eu ni dol, ni fraude à la loi, c'est le cas de dire, avec Pothier, que la partie qui argüe de la simulation est en faute de ne s'être point fait délivrer une contre-lettre. Ainsi le vendeur, pour-

[1] On a dit, pour critiquer cet arrêt, qu'il eût fallu prendre la voie de l'inscription de faux pour faire tomber les énonciations de l'officier civil. Mais cette observation est inexacte. *Aliud merum falsum, aliud simulatio.* (Dumoulin, sur l'art. 3, chap. XXXI, de la *Coutume du Nivernais.*) Ce n'est point attaquer la foi de l'acte que de soutenir que les formes ont bien été accomplies, mais sans intention sérieuse de la part des prétendus époux.

suivi en garantie par l'acheteur, n'est point recevable à soutenir que la prétendue vente n'était qu'une liquidation de société (Cass., 6 août 1828); ainsi, le mari, sauf le droit des héritiers à réserve, n'est point recevable à prétendre qu'il n'a point reçu de sa femme l'apport mentionné au contrat de mariage. (Orléans, 29 mars 1855.) Il en serait autrement après le mariage, parce que la prétendue quittance pourrait masquer une libéralité indirecte, et qu'il y aurait alors fraude à la loi qui interdit les donations irrévocables entre époux pendant le mariage. (C. civ., art. 1096.) Les héritiers eux-mêmes ne seraient recevables à attaquer pour simulation l'acte souscrit par leur auteur, qu'autant qu'il y aurait atteinte à la réserve. (Chambéry, 6 mai 1861.) Dans tous les cas, la partie qui aurait avoué la circonstance de la simulation, serait non recevable à faire exécuter l'acte comme sérieux. (Rej., 16 novembre 1859.) Il suffirait même d'un commencement de preuve par écrit (même arrêt) pour rendre admissible la preuve de la simulation.

La Cour régulatrice a fait une application remarquable de la doctrine qui ne permet point d'établir par témoins la simulation d'un acte régulier, lorsqu'elle a décidé par deux arrêts de cassation (24 juillet 1844 et 13 novembre 1867) que le transfert dûment opéré d'une rente sur l'État ou d'une valeur industrielle établit en faveur du porteur une présomption de propriété qu'on ne saurait détruire par la preuve testimoniale sans un commencement de preuve par écrit.

142 ***bis.*** Enfin, même en l'absence de dol, de fraude ou de simulation, la preuve testimoniale a été jugée admissible à l'effet d'établir l'existence d'une erreur matérielle commise dans la rédaction de l'acte. La difficulté portait sur l'état des lieux énoncé dans une police d'assurance, dont l'assuré demandait la rectification; il y a été déclaré rece-

vable par un arrêt de la chambre des requêtes du 19 janvier 1870. Cette décision serait évidemment applicable à une erreur de calcul.

143. Il ne faut pas non plus donner une portée exagérée à la défense de prouver *outre le contenu aux actes*. Cette défense a trait aux modifications que l'on prétendrait avoir été apportées verbalement à une convention, soit à l'époque de la rédaction de l'acte, soit même postérieurement. (Rej., 10 mai 1842.) Mais ce n'est point prouver outre le contenu aux actes que de compléter au moyen de la preuve testimoniale des énonciations ambiguës ou insuffisantes [1], d'établir, par exemple, que le domaine mentionné dans un titre comprend tel ou tel terrain (Cass., 23 janvier 1837), ou qu'une requête a été signifiée, ou bien un contrat de mariage dressé à telle heure, lorsque l'heure n'a pas été mentionnée par l'officier rédacteur (Rej., 15 juillet 1818 et 18 août 1840); ou bien de rectifier un chiffre erroné, en établissant que l'on a écrit dans l'acte 180 au lieu de 80. (Rej., 22 novembre 1865.) C'est donc avec raison que Danty (Add. sur le chap. IX, liv. I, de Boiceau, n° 9) admet la preuve par témoins qu'un marché a été conclu dans telle foire, lorsque l'écrit qui le constate ne mentionne point de lieu; les doutes de Pothier (*Oblig.*, n° 796) sur la justesse de cette décision ne sont point fondés; ce n'est là nullement prouver outre le contenu aux actes : autre chose est l'extension, autre chose est l'interprétation de ce qui s'est passé entre les parties. Ces hypothèses, comme le fait très-bien observer M. Greenleaf, tom. I, p. 372), ne constituent point des exceptions à la règle, mais sont en dehors de son application.

[1] « *Parol evidence* », dit M. Greenleaf (tom. I, p. 380). « *is admissible of any extrinsick circumstances, tending to show what persons, or what things, were intended by the party.* »

Toutefois, s'il est permis, en conséquence de cette doctrine, de recourir à la preuve testimoniale pour compléter les énonciations d'un testament (Rej., 22 janvier 1851, 21 février 1863), il ne saurait être permis de prouver par des déclarations verbales, que le testateur n'a entendu donner effet à son testament qu'en le subordonnant à l'événement de telle ou telle condition (Rej., 19 novembre 1867); ce serait là évidemment prouver contre la substance de l'acte.

144. Une doctrine qui avait prévalu dans la jurisprudence du dernier siècle (voy. Merlin, *Répert.*, v° PREUVE, sect. 2, § 3, art. 1er, n° 20), et que des auteurs graves ont reproduite sous l'empire du Code (voy. la dissertation spéciale de M. Mourlon, *Revue critique*, tome V, p. 114, et M. Larombière, *Oblig.*, tom. V, n° 29), refuse d'admettre la preuve testimoniale pour établir la libération d'une créance qui, en fait, a été constatée par écrit, même lorsque cette rédaction par écrit n'était pas exigée. Sans doute, nous l'avons reconnu plus haut (n° 140), l'écrit étant réputé l'expression fidèle de la volonté des parties, on doit rejeter toute convention modificative de l'acte, aussi bien lorsqu'elle est intervenue postérieurement que lorsqu'elle était concomitante, et c'est en ce sens qu'on ne peut prouver par témoins ce qui a été dit avant, lors ou *depuis* les actes. Mais est-ce une raison pour interdire la preuve testimoniale de l'extinction de la créance, et notamment du payement, lorsque la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs? Est-ce prouver contre le contenu aux actes que de prouver l'extinction du droit qu'ils constatent?

A l'appui de l'affirmative, on invoque le principe que, par cela seul qu'un écrit est produit, la convention dont il fait foi est réputée subsister. Or, dit-on, de même qu'il n'est pas permis d'établir par témoins des modifications, même postérieures, de la convention, il ne doit pas être

permis de justifier de son extinction, totale ou partielle ; le débiteur est en faute d'avoir laissé le titre subsister, dans sa teneur primitive, entre les mains du créancier. Telle était la pensée de Justinien (L. 14, Cod., *De testib.*), lorsqu'il avait voulu que le payement d'une dette constatée par écrit ne pût être prouvé que par écrit, ou du moins par la déclaration de cinq témoins irréprochables.

Nous pensons, au contraire, qu'on ne saurait, sans tomber dans une véritable confusion d'idées, voir une preuve contre l'acte dans l'allégation d'un fait postérieur tendant à éteindre l'obligation dont l'acte avait constaté la naissance. Il est vrai que, tant que le créancier est porteur du titre, l'obligation est présumée subsister ; mais cette présomption n'existe que jusqu'à preuve contraire. Or, comment cette preuve contraire doit-elle être administrée ? Par écrit, ou par témoins, suivant l'importance du litige. Ne serait-il pas déraisonnable d'exiger la preuve par écrit du payement de cinq francs, parce que le débiteur se serait engagé par écrit ? Aussi est-il à remarquer que le statut de Bologne de 1453, tout en reproduisant la décision de Justinien, en bornait l'application au cas où la valeur de la somme portée au billet dépassait cinquante livres de Bologne [1]. Vainement allègue-t-on que la preuve de modifications apportées à la convention, et par exemple, du changement du taux de l'intérêt stipulé, ne saurait être faite par témoins. Dans une matière toute pratique, c'est à des considérations pratiques qu'il convient de s'attacher. Or, il est d'usage, lorsque les parties modifient leurs conventions, d'en faire mention sur le titre. Il en est autrement du payement, qui, surtout pour des sommes aussi faibles, est souvent offert instantanément, et sans que le créancier ait son titre sur lui. Si l'on ne veut

[1] *Excedente summam seu æstimationem quinquaginta librarum Bonenorum.*

pas qu'il soit jamais permis d'opposer le témoignage au titre qui prouve la créance, il faut donc aller jusqu'à défendre de compenser avec une dette constatée par écrit une dette prouvée par témoins, quelle qu'en soit la valeur : résultat tout à fait inadmissible. Telle n'était point, à Rome, la conséquence de la maxime : *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur,* puisque la constitution de Justinien sur la preuve du payement[1] consacre évidemment une innovation, dont l'empereur tempère la rigueur en permettant de suppléer à la preuve écrite par la déposition de cinq témoins, déposition que l'on n'aurait pu admettre s'il s'était agi de prouver directement contre l'écrit.

En ce qui touche l'ancien droit français, il faut remarquer que les commentateurs de l'ordonnance de Moulins, ainsi que la jurisprudence du dix-septième siècle[2], avaient admis la preuve testimoniale de la libération, lorsque la créance était inférieure au taux légal. C'est seulement au dix-huitième siècle, comme nous l'avons dit, que la jurisprudence s'est formée dans le sens le plus rigoureux. Mais il est à remarquer que Pothier, habituellement si réservé, ne craint point (*Oblig.*, n° 799) de qualifier cette jurisprudence de *mauvaise interprétation* de l'ordonnance. On a opposé sur ce point à l'opinion de Pothier celle de Jousse. Il faut observer que Jousse ne se place point tout à fait dans la même hypothèse. Pothier parle du cas où la dette, comme le payement, ne dépasse point cent livres, taux des anciennes ordonnances; Jousse suppose le payement d'une somme ne dépassant point cent livres, mais à compte sur une dette excédant ce taux : « Il

[1] La loi écossaise exige, pour la décharge d'un engagement contracté par écrit, un écrit ou le serment du créancier; mais c'est là une disposition tout exceptionnelle, contraire à la doctrine anglaise et américaine. (M. Greenleaf, tom. I, p. 412, et not. 1.)

[2] Merlin, *loc. cit.* Il est à remarquer que Merlin ne discute point la question sous l'empire du Code.

« paraît, dit-il (sur le tit. XX, art. 2, de l'ord. de 1667), « que ce serait aller directement contre le texte de l'ordon- « nance, que d'admettre ces sortes de preuves. » Sans doute, dans la rigueur des principes, il n'y a point à distinguer entre les deux hypothèses, et le payement d'une somme inférieure au taux légal doit pouvoir être établi par témoins, quel que soit le chiffre de la dette. Mais il faut remarquer que l'allégation de plusieurs payements partiels, lorsque le payement total ne pourrait être prouvé que par écrit, fournirait aisément un moyen d'éluder la prohibition légale : ce qui avait été jugé par un arrêt du parlement d'Aix, du 20 décembre 1640, qu'approuve Danty (Add. sur Boiceau, liv. II, chap. II, n° 4), bien que professant la même doctrine que Pothier, et ce qu'il faudrait encore décider aujourd'hui par l'argument de l'article 1345. Lors même que le débiteur n'articule, pour le moment, qu'un seul payement partiel, les juges peuvent reconnaître, d'après les circonstances, qu'il a eu l'intention d'éluder la loi, et se refuser à admettre la preuve testimoniale [1], tandis que, lorsque la dette elle-même est inférieure au taux légal, on n'a à craindre aucune fraude de cette nature.

Bien qu'un auteur récent [2] assure que l'opinion opposée à la nôtre a prévalu dans la pratique des tribunaux, il ne cite et nous ne connaissons aucun arrêt moderne qui ait statué sur la question.

145. Une question d'une haute importance pratique est celle de savoir si la défense de prouver contre et outre le contenu aux actes, est applicable en matière de commerce. En faveur de l'affirmative, on peut soutenir qu'il importe surtout en matière commerciale d'éviter l'équivoque et l'ar-

[1] L'arrêt du parlement de Grenoble, du 10 décembre 1782, cité par Merlin (*loc. cit.*), statue dans cette hypothèse.

[2] M. Lacombière (*loc. cit.*); il a peut-être en vue la pratique de Limoges.

bitraire. Quoi de plus dangereux, dit-on, que de faire revivre, pour y trouver le germe d'une obligation, des pourparlers qui n'avaient peut-être aucun caractère sérieux! Là où le crédit est en jeu, donner aux engagements d'une partie une portée qu'elle n'aura pas pu prévoir, ce sera souvent amener sa ruine. Enfin on fait remarquer, en se reportant à l'historique de l'article 109 du Code de commerce, que le texte primitif de cet article n'admettait la preuve testimoniale que *s'il y avait commencement de preuve par écrit*, et que les réclamations des cours et des tribunaux de commerce à raison de l'innovation proposée portaient uniquement sur l'impossibilité de dresser un écrit, en matière de commerce, dans une foule de circonstances, et nullement sur l'admissibilité de la preuve testimoniale, lorsqu'en fait un écrit avait été rédigé. Ainsi entendue, la rédaction définitive de l'article 109, énonçant parmi les modes de preuve la preuve testimoniale, *dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre*, autoriserait la juridiction consulaire, suivant les circonstances, à entendre les témoins, à raison de ce que l'on n'aurait pu faire un écrit, mais jamais lorsqu'il y en aurait un de rédigé.

Cette opinion, adoptée par plusieurs arrêts de Cours d'appel, et que le désir de prévenir les contestations nous avait d'abord porté à admettre, nous semble, après de mûres réflexions, incompatible, soit avec le texte de la loi, soit avec les précédents qui peuvent servir à l'expliquer. L'article 1341 du Code civil, après avoir posé les deux principes qui excluent la preuve testimoniale, l'un au-dessus de cent cinquante francs, l'autre contre et outre le contenu aux actes, ajoute : « Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce »; et cette rédaction est conforme à celle de l'ordonnance de 1667. Or, l'article correspondant de l'ordonnance (titre XX, art. 2)

avait précisément pour but de confirmer l'usage préexistant, suivant lequel les juges-consuls, d'après leurs propres déclarations, « n'étaient point astreints dans leurs juge-« ments à l'ordonnance de Moulins. » (Procès-verbal de l'ord. de 1667, *loc. cit.*) Deux arrêts du parlement de Paris, l'un du 22 juillet 1613, l'autre du 22 juillet 1689, ont admis, en conséquence, dans les juridictions consulaires, la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes. « On a préféré », dit Merlin (*Questions de droit*, v° DERNIER RESSORT, § 18, n° 1), « le danger de quelques fraudes par-« ticulières à celui d'entraver les négociations, et de tromper « la bonne foi, en exigeant trop de précautions. On sait que « les négociants donnent le plus souvent des quittances « portant valeur reçue, sans autre assurance que des « paroles ou des ordres, et que cette manière de négocier « est l'âme du commerce de toutes les nations. Il était donc « indispensable d'admettre la preuve que l'argent énoncé « dans les livres n'avait pas été compté, ou que les mar-« chandises n'avaient pas été délivrées, quoique payées. » C'est aussi en ce sens qu'est conçu l'article 1935 du Code hollandais, chez un des peuples modernes dans le sein desquels les relations commerciales ont acquis le plus grand développement. En présence de ces précédents, il est difficile de ne pas entendre dans son acception littérale la dernière disposition de l'article 109 du Code de commerce : « Dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre. » Peu importe que, pour repousser l'innovation du projet de Code, on se soit surtout attaché à l'inconvénient le plus saillant de ce projet, à l'hypothèse où il aurait été moralement impossible de rédiger un écrit; en définitive, toute innovation a été repoussée, et les termes généraux du Code de commerce replacent la question sur le terrain où elle était dans l'ancienne jurisprudence. Lorsque les rédacteurs de ce même

Code ont voulu appliquer les principes du droit civil aux sociétés commerciales[1], ils ont eu soin de dire spécialement (art. 41) : « qu'aucune preuve par témoins ne peut être « admise contre et outre le contenu aux actes de société » : disposition qui serait inutile si tel était le droit commun en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile. Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de rejet du 10 avril 1860. Il ne faut cependant point confondre la question spéciale de l'application de l'article 1341 aux matières de commerce avec les difficultés soulevées par cet article, même en matière civile. Ainsi, dans l'espèce d'un arrêt de rejet du 11 juin 1835, il y avait commencement de preuve par écrit, et dès lors la preuve testimoniale était admissible même au civil ; — dans une autre espèce, jugée le 10 juin 1835, il s'agissait d'établir que des traites avaient été remises à titre de gage, et non à titre de propriété ; mais il est douteux, nous l'avons vu (n° 142), que l'article 1341 soit applicable en cas de simulation ; — enfin un arrêt de rejet du 6 avril 1841 statue sur l'hypothèse d'une quittance précédente ; or, on peut revenir même sur un compte arrêté, en cas de double emploi. (C. de proc., art. 541.) L'espèce où la preuve contre le contenu aux actes nous semble avoir été autorisée de la manière la plus formelle, est celle d'un arrêt de la Cour de Riom, du 4 août 1857, qui a permis de rétablir au moyen de la preuve testimoniale le prix de la vente d'un café fixé à 3,000 francs par un acte notarié.

La preuve testimoniale une fois admise en principe contre les actes en matière de commerce, il y a lieu également d'admettre les simples présomptions. (Rej., 13 juillet 1868.)

146. Il ne faut pas confondre avec les affaires commer-

[1] Même pour les sociétés de commerce, le texte n'exclut que la preuve *par témoins ;* on peut prouver par écrit, notamment par les livres de commerce (Rej., 21 juin 1864), les modifications apportées au pacte social.

ciales les marchés contractés en foire, lorsqu'ils n'ont point lieu entre commerçants ni pour affaires de commerce. Boiceau (part. I, chap. IX, nos 5 et suiv.), tout en convenant que l'ordonnance de Moulins était applicable à ces marchés, puisqu'il n'y a pas impossibilité de se procurer un notaire dans les lieux où se tiennent les foires, indiquait certains moyens d'éluder la prohibition. Mais Danty (Add. sur ce chap. IX, nos 6 et suiv.) et Pothier (*Oblig.*, n° 788) excluent d'une manière générale la preuve par témoins. Sous l'empire du Code, un jugement du tribunal de la Châtre avait considéré comme équivalant à une impossibilité morale de traiter par écrit, « la rapidité, la multiplicité et le mouvement des affaires qui se traitent en foire, la difficulté de « recourir chaque instant à un notaire, pour faire constater « des marchés, des achats ou des ventes que le plus léger « retard pourrait empêcher. » Mais ce jugement a été infirmé, le 23 février 1842, par la Cour de Bourges, qui a reconnu « qu'en fait, l'impossibilité d'avoir un écrit n'exis- « tait pas; que les marchés dans les foires se font au comp- « tant; et que, si le vendeur déroge à cette règle, en accor- « dant à l'acquéreur du temps pour le payement, il doit se « faire donner un acte par écrit. »

147. En matière criminelle, l'application du principe qu'on ne peut prouver contre et outre le contenu aux actes, n'a jamais été sérieusement contestée. S'il s'agit, par exemple, de la violation d'un dépôt constaté par une reconnaissance du dépositaire, il est évident qu'on ne saurait rechercher, en dehors de cette reconnaissance, la preuve des obligations qu'on lui reproche de n'avoir pas respectées. En acceptant cette reconnaissance, le déposant n'a-t-il pas déterminé en quelque sorte la mesure de l'engagement contracté envers lui? Qu'importe qu'il prenne ensuite la voie criminelle ou la voie civile, pour obtenir réparation de

l'inexécution de cet engagement? Il est bien entendu d'ailleurs que la règle de l'article 1341 ne s'applique qu'aux écrits qui sont l'œuvre des parties, et n'a aucun trait aux actes rédigés par des officiers publics, notamment aux procès-verbaux constatant les infractions à la loi pénale, procès-verbaux contre lesquels la preuve est admise avec plus ou moins de latitude, ainsi que nous le verrons au siége de la matière.

DEUXIÈME RÈGLE.

EXCLUSION TOTALE DE LA PREUVE PAR TÉMOINS EN CERTAINES MATIÈRES.

SOMMAIRE. — 148. Point de distinction entre la juridiction civile et la juridiction criminelle. — 149. Restrictions spéciales en ce qui touche les questions d'état.

148. Il ne faut point poser en principe, comme on l'a souvent fait bien à tort, que la preuve testimoniale est généralement repoussée par la loi en matière civile. Il est vrai que l'article 1341 veut qu'il soit passé acte de *toutes choses* excédant la valeur de cent cinquante francs. Mais ces expressions, dont nous expliquerons bientôt l'origine, ne peuvent s'entendre, et ne se sont jamais entendues dans la pratique, que des cas où il peut y avoir lieu à dresser un acte, c'est-à-dire des conventions dans le sens le plus large du mot. *Toutes choses dont nos sujets voudront traiter ou disposer*, disait avec bien plus d'exactitude l'article 19 de l'édit de 1611 des archiducs de Flandre. Aussi voyons-nous la loi se reporter au moment même où l'on a traité, pour signifier sa volonté aux contractants : *Il doit être passé acte.* Lorsqu'il s'agit d'un fait autre qu'une convention, les parties, dont il n'est pas l'œuvre commune, n'ont pu être tenues de le constater de telle ou telle manière : la preuve testimoniale est admissible. Le plus souvent, en matière civile, il s'agit de conventions; le plus souvent au contraire, au criminel, il

s'agit de faits qui ne sont nullement conventionnels. De là l'opinion vulgaire, opinion qui, nous le verrons, a même laissé quelques traces dans nos lois, suivant laquelle cette preuve, habituellement inadmissible au civil, serait toujours admissible au criminel. Mais cette opinion est inexacte sous l'un et l'autre rapport, les dispositions de la loi n'ayant point trait au caractère de la juridiction, mais à la nature des faits à prouver. Si un fait illicite se rattache à une convention, s'il s'agit, par exemple, de la violation d'un dépôt, la convention, dont l'existence doit être préalablement établie, ne sera jamais, si la valeur dépasse le taux légal, susceptible d'être prouvée par témoins, que la question s'agite devant un tribunal de police correctionnelle, ou bien devant un tribunal civil. Au contraire, quand la juridiction civile aura à apprécier un fait non conventionnel, par exemple, une difficulté relative à la possession, elle sera parfaitement autorisée à ordonner l'enquête, quelle que soit l'importance du litige [1].

149. Mais, indépendamment du principe restrictif de l'article 1341, applicable aux conventions, il est des cas où le législateur, sans examiner si le demandeur a pu ou non faire constater les points qu'il a intérêt à établir aujourd'hui, repousse la preuve testimoniale, même pour des faits de l'ordre de la nature. C'est lorsque le caractère de ces faits prête trop à la fraude, et qu'en même temps ils ont une haute importance sociale. Je veux parler des restrictions que souffre la preuve par témoins en matière de questions d'état. Ces restrictions ont moins d'extension que celles de l'article 1341, en ce qu'elles ne tendent pas à réprouver

[1] C'est dans le même esprit que la Cour de Douai a jugé, le 6 avril 1851, qu'une convention civile qui ne peut être prouvée que par écrit, ne devient pas susceptible de la preuve testimoniale par cela seul que le défendeur, à raison de sa qualité, se trouve soumis à la juridiction commerciale.

toute preuve par témoins, mais seulement la preuve par témoins de certains éléments de décision. D'un autre côté, elles sont plus impérieuses en ce qu'elles n'admettent point la ressource de l'interrogatoire et celle du serment, tandis qu'en matière conventionnelle, du moins lorsque certaines solennités ne sont pas exigées, l'enquête seule est prohibée, tous les autres modes d'information demeurent admissibles.

Exclusion générale de la preuve testimoniale en matière de conventions, exclusion toute spéciale en ce qui touche les questions d'état, voilà des points qu'il importe de bien distinguer, et dont nous allons traiter séparément. Quand nous l'aurons fait, nous expliquerons à part ce qui concerne l'admissibilité au criminel de la preuve testimoniale.

PREMIÈRE DIVISION.

EXCLUSION DE LA PREUVE PAR TÉMOINS EN MATIÈRE DE CONVENTIONS.

SOMMAIRE. — 150. Principes du droit primitif sur la preuve testimoniale. — 151. Origine de l'exclusion introduite par l'ordonnance de Moulins. — 152. Dispositions des législations étrangères sur la preuve par témoins.

150. L'admissibilité indéfinie de la preuve testimoniale paraît avoir été sans exception à Rome, du moins lorsqu'il ne s'agissait que d'établir les conventions des parties. On sait que les Romains se fiaient à la mémoire de l'homme pour constater, soit des actes solennels, tels que la mancipation, soit même l'existence d'un jugement, ce qui faisait l'objet de l'action *judicati*, laquelle paraît bien étrange dans nos mœurs actuelles [1]. Cette faculté si large n'a été modifiée

[1] Il résulte des recherches de M. le comte Beugnot (voy. la préface de son beau travail sur les *Olim*), que le premier exemple de rédaction régulière des arrêts se trouve en 1335, dans la terre classique de la jurisprudence, en Normandie.

qu'à Constantinople, au sixième siècle, et encore dans un cas particulier. Dans la loi 18, au Code, *De testibus*, Justinien veut que, quand une dette a été constatée par écrit, la preuve du payement ne puisse elle-même se faire que par écrit, ou du moins par cinq témoins dignes de foi [1]. Rien de pareil ici au principe général posé dans les Sentences de Paul (livre V, titre XV, § 4), et reproduit dans la loi 1re, au Code, *De testibus*, lorsqu'il s'agissait de la preuve par témoins opposée à un écrit. Et cependant les mœurs étaient loin d'être pures à Rome, surtout sous l'empire. Les faux témoins n'ont jamais manqué aux accusations politiques; on connaît le mot sanglant de Tacite (*Hist.*, livre Ier, § 2): *Quibus deerat inimicus, per amicos oppressi.* Mais le motif tiré de la corruption des témoins, bien que le plus apparent, n'est pas le seul qui ait amené la prohibition chez nous. La crainte de la multiplicité des procès a été pour nos tribunaux un motif non moins puissant. Or, cette crainte ne pouvait avoir la même influence dans l'empire romain, où il y avait bien moins de richesses qu'il n'y en a aujourd'hui dans le monde civilisé, et où la population était bien moins considérable, et en grande partie esclave. De plus, les formes précises de la stipulation, usitées dans les occasions les plus importantes, fixaient l'attention des témoins et simplifiaient leur tâche. Aussi voyons-nous la preuve testimoniale enracinée dans les habitudes nationales, même du temps de Justinien. Ainsi, dans la Novelle 74, chap. IV, l'empereur essaye, quant au mariage, l'introduction d'un écrit, du moins pour la plupart des cas; mais peu de temps après, dans la Novelle 117, chap. IV, il se voit obligé de restreindre son innovation aux grands personnages de l'empire. Et même la loi 18, au Code, *De testibus*, n'a pas pro-

[1] C'est là l'origine de l'opinion qui refuse d'admettre la preuve par témoins de la libération d'une créance constatée par écrit (nº 144).

scrit complétement la preuve par témoins dans l'espèce qui y est prévue; on y a seulement exigé, à défaut d'écrit, un nombre de dépositions plus considérable.

Au moyen âge, si, comme nous l'avons vu, on n'a pas toujours admis la supériorité de la preuve orale sur la preuve par écrit, il est évident du moins que l'usage de l'écriture était trop peu répandu pour qu'il fût possible de ne pas admettre la preuve testimoniale des conventions. D'ailleurs l'utilité d'une pareille exclusion ne se faisait pas encore sentir, lorsqu'à raison de l'état moins avancé de la civilisation, les procès étaient moins fréquents et les mœurs moins dépravées [1]. On allait même jusqu'à constater l'existence de la coutume, c'est-à-dire de la loi d'alors, au moyen d'une *enquête par tourbe*, consistant en informations recueillies de la bouche d'un certain nombre de personnes que l'on prenait au hasard, et que l'on interrogeait sur ce qu'elles croyaient être en usage.

151. Si l'ancienne Rome avait admis les principes les plus larges en matière de témoignage, ce fut, au contraire, l'Italie moderne qui donna la première l'exemple, au quinzième siècle, de restrictions à la liberté de la preuve. Un statut de Bologne, de 1453, approuvé par le pape Nicolas V, défendit la preuve par témoins des payements au-dessus de cinquante livres, et des contrats au-dessus de cent livres. De même, les statuts de Milan, en 1498, interdirent la preuve testimoniale en certains cas. En France, une réforme analogue eut lieu au seizième siècle, à l'époque où la rédaction par écrit des coutumes fit tomber l'usage abusif des enquêtes par tourbe. Ce fut du Midi, d'un pays de droit écrit,

[1] Je n'entends pas dire sans doute que les mœurs des classes supérieures fussent toujours exemplaires; mais alors la corruption n'avait pas pénétré dans la masse de la population, comme cela est malheureusement arrivé dans les temps modernes.

qu'émana la proposition d'introduire des restrictions semblables à celles qui venaient d'être établies en Italie. Le parlement de Toulouse envoya des députés auprès de Charles IX, aux états de Moulins, pour solliciter la disposition qui forme l'article 54 de l'ordonnance de 1566, aux termes duquel il doit être passé contrat de toutes choses excédant la valeur de cent livres. Le préambule de cette ordonnance, dite de Moulins, la même qui défend de prouver contre et outre le contenu aux actes, ne mentionne, ce qui est bien remarquable, que le motif de la complication des procédures : « Pour obvier », dit ce préambule, « à la multipli-« cation des faits, que l'on a vu ci-devant être mis en avant « en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches « d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et invo-« lutions de procès. » On voit qu'en se reportant à l'origine de la prohibition, il ne paraît pas que le législateur ait été préoccupé uniquement, comme beaucoup l'imaginent, du danger de la subornation des témoins. Néanmoins, ce danger avait aussi frappé les contemporains, ainsi que le prouve cet adage coutumier, cité par Loisel : « Fol est qui se met « en enquête ; car qui mieux abreuve, mieux preuve. »

Cette ordonnance, quel qu'en fût le motif principal, opérait une véritable révolution dans les habitudes. Aussi Boiceau, commentateur contemporain, nous dit-il, en commençant l'exposé de la matière : « Quum primum nata et « promulgata fuit hæc Caroli IX regia sanctio, plerisque « visa est et dura, et odiosa, et juri contraria. » Cette disposition était dure, en ce qu'elle astreignait à des écrits gênants, et souvent coûteux, les parties qui pouvaient auparavant s'en passer; odieuse, en ce qu'elle favorisait la mauvaise foi, tant qu'elle n'était pas bien connue de tous et entrée dans les mœurs; enfin, contraire au droit, c'est-à-dire au droit romain; mais ce n'était pas une raison pour

que, les circonstances ayant changé, elle fût repoussée chez les modernes, puisque c'était un pays de droit écrit qui l'avait réclamée. Quant aux deux premiers motifs, ils n'étaient que transitoires. Aussi Boiceau ajoute-t-il que, nonobstant ces raisons de douter, l'ordonnance fut hautement approuvée par les esprits les plus graves, et notamment par le parlement de Paris : « Nulla toto hoc sæculo « constitutio ac lex regia sanctior ac probatior visa fuit am- « plissimo nostro Galliæ senatui. » Aujourd'hui le système inauguré par l'ordonnance de Moulins ne rencontre plus une approbation aussi universelle, il a un caractère formaliste qui répugne un peu à nos mœurs; aussi verrons-nous la jurisprudence en tempérer l'application.

152. Avant d'analyser cet article 54 et les lois postérieures qui en ont reproduit la disposition, jetons un coup d'œil sur les législations étrangères. Il est des pays où aucune restriction n'est admise, par exemple, l'Autriche, ainsi que nous l'avons déjà remarqué. (Voy. Code autrich., art. 883.) C'est la disposition du droit commun germanique. Il paraît qu'il en est de même en Danemark, en Suède et en Norvége. Cette simplicité des populations germaniques et scandinaves se trouve chez des nations plus méridionales. Le règlement de 1834 pour les affaires civiles dans les États de l'Église (§ 623-625) consacre en principe général l'admissibilité de la preuve par témoins. D'autres pays, tels que l'Angleterre, suivie en ce point par les États-Unis, n'exigent d'écrit que pour certains actes importants, tels que les conventions relatives à des immeubles valant au moins dix livres sterling; c'est l'objet d'une disposition comprise dans le vingt-neuvième statut de Charles II, et intitulée : *Acte pour prévenir les fraudes et les parjures.* A part cette restriction [1], l'Angleterre est restée, pour la preuve testimoniale,

[1] On retrouve des restrictions analogues dans les lois anglo-saxonnes;

comme en tant d'autres points, fidèle aux anciennes mœurs. Léon Faucher nous dit, en effet, dans ses *Études sur l'Angleterre* (chapitre de l'*Aristocratie*) : Tout se fait en Angle- « terre sur parole, comme en France par engagement écrit. « Le serment est élevé à l'état d'institution, et on le pro- « digue sans avoir à craindre qu'il s'avilisse... Un témoi- « gnage, en Angleterre, vaut, et c'est beaucoup dire, ce « que vaut un chiffre chez nous. » Au contraire, dans la plupart des codifications modernes, notamment dans le Code prussien (titre des Contrats, art. 131), le système français a été admis. Quelquefois cependant on y a apporté un tempérament, en élevant le chiffre pour lequel la preuve testimoniale peut être reçue. C'est ainsi que le Code italien (art. 1341) fixe ce chiffre à cinq cents francs, et que le Code du canton de Vaud (art. 985) le porte à huit cents francs. Cette diversité des législations se conçoit facilement. La question de l'admissibilité de l'enquête est une de ces questions de moralité et de discipline nationale dont la solution doit varier de peuple à peuple.

Voyons maintenant quelle est l'étendue du principe posé par l'ordonnance de Moulins, tel qu'il a été développé par la doctrine et par la législation postérieure. Nous verrons ensuite dans quels cas il y a exception à ce principe, et dans quels cas, au contraire, on l'étend au delà de ses limites ordinaires.

§ 1. APPLICATION DE CETTE RÈGLE.

SOMMAIRE. — 153. Véritable portée de la règle. — 154. Conséquences pratiques à tirer de notre doctrine.

153. Bien que l'ordonnance de 1566 employât l'expression *toutes choses*, qui se retrouve dans l'article 1341 du

mais comme il n'était pas possible à cette époque d'exiger la rédaction d'un écrit, on demandait seulement, pour les actes importants, la présence soit de trois ou quatre témoins, soit du maire de la cité.

Code civil, les auteurs contemporains furent loin de l'entendre en ce sens qu'elle comprît tout, *omnes res nostras*, comme dit Boiceau. Au contraire, s'attachant à l'expression pratique, *il sera passé contrat*, assez mal à propos employée par les rédacteurs, ils interprétèrent l'ordonnance en ce sens qu'elle n'était applicable qu'aux *contrats*. (Voy. Pothier, *Oblig.*, n° 786.) Cette interprétation était peu raisonnable; car les faits qui dissolvent l'obligation, comme le payement, la remise, etc., se constatent tout aussi bien par écrit que les conventions qui ont pour but de la former. De là les expressions plus générales de l'ordonnance de 1667 (titre XX, art. 2), qui veut qu'il soit passé acte par-devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la valeur de cent livres. Par ce mot *choses*, employé sans restriction, on a voulu comprendre les distrats comme les contrats, les conventions *divestitives*, comme les conventions *investitives*, pour employer le langage de Bentham. Mais on n'a voulu entendre rien de plus que ce qui émane de la volonté de l'homme, les choses *dont on veut traiter ou disposer*, comme le dit l'édit de 1611, que nous avons déjà cité [1]. Les expressions de l'ordonnance se retrouvent dans l'article 1341, et il n'est pas possible de les y interpréter autrement. C'est en ce sens que le tribunal de cassation disait dans ses observations sur le projet de Code (liv. III, titre II, art. 232) : *Facta probantur testibus, non conventiones.*

Il est vrai qu'on a proposé de substituer à la rédaction du Code cette formule : « Il doit être passé acte de tout *fait* « *juridique* dont l'objet est d'une valeur supérieure à cent « cinquante francs. » (Voy. Zachariæ, § 762, avec les an-

[1] « Les choses qui ne peuvent se réduire par écrit », disait l'avocat général Joly de Fleury dans son plaidoyer du 2 août 1706, « qui ne sont pas susceptibles de convention, *n'ont jamais été comprises* dans cette disposition. »

notations de MM. Aubry et Rau.) On met ainsi en dehors de la règle les événements de la nature (sauf disposition expresse en sens contraire, comme pour les naissances et les décès) et les faits de l'homme qui ne présentent que des résultats matériels, tels que la possession. Cette manière d'exprimer la règle est, sans doute, plus exacte que la formule employée par l'ordonnance de 1667 et par le Code civil, mais ne nous semble pas parfaitement juste. Il nous est impossible de comprendre pourquoi la possession ne serait pas un fait juridique; car elle suppose un élément moral, outre le fait matériel de la détention : *Plurimum ex jure possessio mutuatur*, dit Papinien. (L. 29, pr., D., *De adq. poss.*) Elle serait donc nécessairement comprise dans la règle entendue d'une manière aussi large. Les auteurs que nous combattons arrivent, en effet, à cette conclusion, qu'il est permis de prouver par témoins les faits matériels de possession, l'ensemencement, le défrichement, etc. (voy. Rej., 23 mai 1860), mais non les caractères juridiques de la possession, notamment la précarité, si l'on prétend que la possession n'a eu lieu qu'à titre de bail. (Code civ., art. 2236.) Mais la Cour de Paris a jugé avec raison, le 17 novembre 1865, que l'article 1715, qui interdit la preuve du bail par témoins, quelle que soit la valeur locative, ne s'applique qu'aux contestations entre bailleur et preneur, sur l'existence et sur les conditions du bail; que la preuve du bail n'est plus que la preuve d'un pur fait, lorsqu'elle n'est qu'un accessoire sur la contestation de la propriété, servant à déterminer le véritable caractère de la possession. Aussi, le juge de paix, saisi d'une action possessoire, est appelé à statuer sur la *précarité* de la possession (Code de proc., art. 23), et cependant il est évident que ce juge statue sur enquête. (*Ibid.*, art. 24.) C'est dans le même esprit que la Cour de cassation (Rej., 20 avril 1868) a autorisé une com-

mune à établir sa possession, à titre de propriétaire, d'un terrain contesté par présomptions, notamment par le payement des contributions.

La seule idée raisonnable est de considérer, avec les premiers commentateurs de l'ordonnance de Moulins, la prohibition comme se référant au cas où les parties ont traité ensemble : *De quibus pacisci consueverunt,* dit Boiceau (liv. I, chap. II, n° 1), *ut passim in jure reperitur sub his verbis, gesserunt, contraxerunt.* Il faut donc qu'il y ait *aliquid gestum.* C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 23 mai 1860 a autorisé un fermier à prouver par témoins, pour obtenir une indemnité, qu'il avait fait des plantations d'une valeur de plus de cent cinquante francs. Il y avait bien dans l'espèce *aliquid factum,* mais non pas *aliquid gestum.* D'autre part, si les expressions *choses* ou *faits juridiques* ont trop d'extension, on comprend que le législateur n'ait pas voulu adopter non plus le mot *convention,* qui se trouvait dans la rédaction présentée au conseil d'État[1]. En effet, cette expression ne peut guère s'employer pour désigner le payement des arrérages d'une rente, payement dont le créancier a intérêt à justifier, pour éviter la prescription ; et cependant ce n'est point là un fait susceptible d'être prouvé par témoins, dès que le capital de la rente dépasse cent cinquante francs, le créancier pouvant se faire délivrer par le débiteur une contre-quittance. L'opinion contraire, adoptée d'abord par quelques arrêts, est aujourd'hui généralement réprouvée. Un arrêt de la Cour de Douai, qui avait admis la preuve testimoniale à l'effet d'établir par témoins la perception des arrérages d'une rente, en déclarant inapplicables en pareil cas les dispositions des articles 1341 et 1347 du Code civil, relatifs aux contrats, a été cassé par la Cour de cassation,

[1] Le mot *convention* a été adopté par l'article 1241 du Code italien.

le 28 juin 1854. Il s'agit là d'une *transaction* dans le sens le plus large du mot, de choses *dont on veut traiter ou disposer*, ainsi que le dit l'édit de 1611. Le vœu de la loi est dès lors qu'il soit rédigé un écrit.

On arrive, sans doute, au même résultat pratique, lorsqu'on se demande, d'une manière générale, s'il a été ou non moralement possible de dresser acte de ce qui s'est passé. Mais la règle ainsi posée est loin de satisfaire la raison, puisqu'il reste toujours à se demander quels faits le législateur a entendu soumettre à la nécessité d'une constatation par écrit. Nous croyons qu'on ne peut bien entendre le principe du Code qu'en l'éclaircissant, ainsi que nous l'avons fait, par les documents de l'ancienne jurisprudence.

154. Cette observation nous conduit à rectifier la rédaction doublement inexacte de l'article 1348, 1°. Cette rédaction est d'abord vicieuse en ce qu'elle présente comme une exception à la règle prohibitive de l'enquête l'admission de la preuve par témoins des délits ou quasi-délits. Les actes illicites n'avaient pas besoin d'être exceptés; ils n'ont jamais été compris dans la règle. Boiceau (livre I^er^, chap. x, n° 5) ne s'y était pas trompé : « Quod autem ad obligationes « ex maleficio descendentes, satis vulgatum est eas hac lege « non comprehendi, quia scriptis delinqui non soleat, imo « clam vel noctu. » De plus, la faculté de prouver par témoins n'est pas bornée aux faits qualifiés délits ou quasi-délits. Toutes les fois que j'argüe d'un dol, il ne s'agit plus de prouver une convention susceptible d'être constatée par écrit, mais bien des manœuvres frauduleuses, qui ne seraient plus telles précisément, s'il m'était possible instantanément d'en dresser acte. (Voir une application remarquable de cette doctrine dans un arrêt de rejet rendu par la chambre civile, le 29 janvier 1867.) La règle de l'article 1341 est dès lors applicable, et, ainsi que nous le verrons, il ne

faut point s'attacher à la lettre de l'article 1353, qui semble ne réserver d'autre ressource, pour établir la fraude, que les présomptions abandonnées aux lumières du juge. La seconde inexactitude de ce même alinéa de l'article 1348, c'est qu'il confond dans une même rédaction tous les *quasi-contrats*, qu'il présente comme placés en dehors de la prohibition. Or, des deux quasi-contrats mentionnés par le Code, il en est un, sans doute, la gestion d'affaires, qui, se rattachant à un simple fait intervenu entre parties non présentes, n'est pas assujetti à la preuve littérale, et, sous ce rapport, comme à d'autres égards, il y a grand intérêt à distinguer, dans la pratique, le *negotiorum gestor* du mandataire (Rej., 19 mars 1845); mais l'autre quasi-contrat, qui naît de la réception de l'indû, rentre dans la règle de l'article 1341, puisque celui qui voulait opérer un payement devait se faire délivrer quittance. Personne n'hésite, malgré les termes généraux de la loi, à faire cette distinction; mais on sent qu'il est bien plus simple de se demander toujours s'il s'agit ou non d'un acte conventionnel.

§ 2. EXCEPTIONS A CETTE RÈGLE.

SOMMAIRE. — 155. Caractère des diverses exceptions au principe qui prohibe la preuve testimoniale des conventions. — 156. Modicité de la valeur du litige : taux de cent livres autrefois, de cent cinquante fr. aujourd'hui. — 157. Évaluation du taux de la demande. Comment elle se fait lorsqu'il s'agit de la compétence en dernier ressort. — 158. Ici, nécessité d'une évaluation par le juge, à défaut d'évaluation par les demandeurs. — 159. Faculté d'attaquer cette dernière évaluation : cas où la créance est le restant d'une somme plus forte. — 160. Jonction des intérêts au capital. *Quid* des dommages-intérêts? — 161. Cas où plusieurs créances sont réclamées en même temps. — 162. Jonction des demandes dans un même exploit. Portée de cette règle. — 163. Sanction de cette règle. — 164. Résumé de notre doctrine. Son application à la preuve des sociétés civiles. — 165. Commencement de preuve par écrit : origine de cette exception. — 166. *Difficultés* que soulève le commencement de preuve par écrit. Renvoi. — 167. De qui doit émaner l'écrit. — 168. A quelles pièces peut être emprunté le commencement de preuve. — 169. Il doit rendre vraisemblable le fait allégué. — 170. Compétence en cette matière. — 171. Impossibilité de se procurer une preuve littérale. Gestion d'affaires, délits et quasi-délits en dehors de la règle. — 172. Impossibilité physique ou morale. Dépôt nécessaire. — 173. Preuve à faire contre l'aubergiste ou contre le voiturier. — 174. Matières commerciales. — 175. Cas où il y a perte de l'écrit. — 176. Disposition exorbitante, au cas de perte d'une procédure criminelle. — 177. Consentement de l'adversaire. Ce consentement n'est-il pas suffisant pour autoriser la preuve par témoins?

155. Les exceptions à la règle de l'article 1341 tiennent,

ou au peu de valeur du litige (art. 1341 et suiv.), ou à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, qui donne une base aux prétentions du demandeur (art. 1347), ou enfin à l'impossibilité physique ou morale de se procurer un écrit. Outre ces exceptions fondées sur la loi, nous aurons à rechercher si le consentement de l'adversaire peut ou non dispenser le demandeur de l'observation de cette règle.

PREMIER MOTIF D'EXCEPTION.

Modicité de la valeur du litige.

156. La première limitation apportée au principe qui exclut l'enquête en matière conventionnelle, c'est le tempérament compris dans l'énoncé même du principe, qui admet les témoins quand la valeur n'atteint pas un certain taux. Soit qu'on songe aux frais de l'écrit, soit qu'on se préoccupe du danger de subornation, ce tempérament paraît également raisonnable. Le taux, fixé à cent livres par les ordonnances de 1556 et de 1667, est de cent cinquante francs d'après le Code civil. Mais la prohibition, qui paraît adoucie, est au fond singulièrement aggravée, si on la compare aujourd'hui à ce qu'elle était au quinzième siècle ; car il ne faut pas avoir des notions bien profondes en économie politique pour savoir que cent livres en 1556 correspondent à plus de cent cinquante francs aujourd'hui. Cette aggravation a été faite volontairement par le législateur, ainsi que le constate le rapport du Tribunat. Faut-il donc dire, à la honte de notre siècle, que cet avilissement de la valeur du numéraire est compensé par les progrès de la corruption? ou faut-il seulement observer, avec le tribunal de cassation (*Observations sur le projet de Code*, liv. III, tit. II, art. 232), que l'usage de l'écriture est beaucoup plus répandu?

157. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas seulement en

matière de preuve testimoniale qu'il y a lieu d'apprécier la valeur du litige. On se pose la même question, notamment quand il s'agit de savoir si le jugement d'un tribunal d'arrondissement est rendu en premier ou en dernier ressort. Dans cette hypothèse, ou bien le demandeur n'a pas évalué sa prétention, et alors le juge doit l'évaluer d'après des éléments déterminés par la loi, tels qu'un acte de bail non suspect (Loi du 11 avril 1838, art. 1er) : à défaut de ces éléments, on tient généralement qu'il faut s'abstenir de faire une expertise, qui serait trop coûteuse, et que, dans le doute, l'appel doit être admis, — ou bien le demandeur a déterminé lui-même le chiffre de ses prétentions, et alors, comme ce chiffre ne peut être dépassé (C. de proc., art. 480, 4°), il fixe irrévocablement le montant de la demande. Eh bien, ni l'une ni l'autre de ces solutions n'est admissible en ce qui touche la preuve par témoins.

158. Et d'abord, dans le silence du demandeur, la loi n'a déterminé aucun élément auquel il faille s'attacher pour rechercher si le litige dépasse ou non cent cinquante francs. Le juge a donc un pouvoir discrétionnaire pour faire cette évaluation ; mais une différence fondamentale, c'est qu'ici cette évaluation est forcée. A la différence de l'appel, l'enquête n'est pas de droit commun ; car le défendeur, au profit duquel la restriction a été introduite, a toujours le droit de repousser les témoins, en constatant que le taux légal se trouve dépassé : d'où la nécessité d'une appréciation, pour laquelle il faudra consulter avec soin tous les documents de la cause. (Boiceau, livre Ier, chap. XVIII, n° 3.) Il conviendra de ne recourir à une expertise qu'à la dernière extrémité, puisqu'il serait fâcheux, pour des affaires aussi peu importantes, d'avoir à supporter tout à la fois les frais d'une expertise et ceux d'une enquête.

159. Supposons maintenant qu'il existe une évaluation

du demandeur : il n'est pas possible de l'accepter d'une manière absolue. En effet, le seul motif du législateur n'est pas la crainte de la corruption des témoins ; autrement, il ferait comme en matière de compétence, il ne s'attacherait jamais qu'à l'intérêt du demandeur, intérêt dont le maximum est fixé par ses conclusions. Au contraire, les articles 1343 et 1344, reproduisant la doctrine d'un arrêt du parlement de Paris, du 17 décembre 1638, prohibent l'admission de la preuve testimoniale, lorsque le demandeur restreint sa demande primitive [1], ou lorsqu'il déclare sa créance le restant d'une créance plus forte qui dépassait le taux légal [2]. Ces articles sont en parfaite harmonie avec la disposition de l'article 1341, qui, en ordonnant de *passer acte*, se reporte au moment de la convention des parties et non à l'époque du litige. Dès lors l'évaluation du demandeur ne peut être admise qu'autant qu'elle est reconnue sincère. Si donc les témoins entendus déclarent une valeur supérieure à celle que le demandeur réclamait, sa prétention, en supposant qu'elle ne repose que sur l'enquête, devra être rejetée, aux termes de l'article 1344, puisque la somme réclamée se trouvera faire partie d'une créance plus forte, non prouvée par écrit.

Il faudrait également s'attacher à la déposition des témoins, s'il en résultait que la somme demandée est le restant d'une créance supérieure au taux légal. Si l'article 1344 parle d'une *déclaration* du demandeur, ce n'est que dans un sens purement énonciatif.

Il peut même se faire que le demandeur n'ait jamais été créancier d'une somme supérieure à cent cinquante francs,

[1] A moins qu'il n'y ait erreur de fait dans l'évaluation contenue en cette demande, cette erreur permettant de révoquer un aveu, même judiciaire. (C. civ., art. 1356.)

[2] Quant à ce dernier point, l'opinion de Danty a prévalu sur celle de Boiceau. (Addit. sur le chap. XVIII, n° 5.)

et qu'il soit non recevable à prouver sa créance par témoins. Par exemple, une personne a prêté deux cents francs sans exiger de reconnaissance, et laisse deux héritiers. Chacun de ces héritiers, bien que n'ayant personnellement qu'une créance de cent francs, ne sera point reçu à la prouver par témoins; leur auteur a eu tort de ne point se mettre en règle. C'est pour comprendre cette hypothèse, prévue par Pothier (*Oblig.*, n° 790), que l'on a ajouté, sur la demande du Tribunat, après les mots *être le restant*, que portait le projet de Code, les mots, *en faire partie*, qui se trouvent dans la rédaction définitive de l'article 1344.

Mais pour qu'il y ait faute imputable au demandeur, il faut qu'il ait existé une créance d'une somme supérieure à cent cinquante francs. Que si, dès l'origine, la créance s'est trouvée réduite à un taux inférieur à la limite légale par suite d'un payement partiel fait comptant, il n'y a jamais eu obligation de dresser un acte; si, par exemple, un objet a été vendu deux cents francs, dont cent cinquante francs ont été payés immédiatement, le vendeur ne se trouvant, tout compte fait, créancier que de cinquante francs, on ne pouvait exiger qu'il fît les frais d'un écrit, et la preuve testimoniale est admissible. De même, Pothier (*ibid.*, n° 791), après avoir décidé que je ne puis prouver par témoins une créance de cinquante livres, pour ma part héréditaire dans un prêt de deux cents livres fait par mon père, auquel je succède pour un quart, ajoute que je suis recevable à offrir la preuve testimoniale, non du prêt de deux cents livres, mais d'une promesse faite par le débiteur de me payer cinquante livres pour le quart qui m'était dû : il s'agit effectivement alors d'établir, non la créance primitive, mais une créance nouvelle, qui ne tombe point sous le coup de la prohibition du législateur.

160. Une décision également applicable en ce qui touche

la compétence et en ce qui touche la preuve testimoniale, c'est celle qui prescrit de joindre au principal les intérêts échus jusqu'au jour de la demande. (C. civ., art. 1342.) On pourrait objecter que le demandeur n'était pas en faute au moment où s'est formée la créance, si, indépendamment des intérêts à échoir, elle ne montait pas à cent cinquante francs. Mais on suppose qu'il a dû se faire payer les intérêts, ou se faire remettre un écrit, dès qu'ils ont une fois dépassé le taux légal. Au surplus, il ne faut pas confondre avec les intérêts, dont le taux a pu être prévu à l'avance, les *dommages et intérêts* que peut entraîner l'inexécution d'une obligation. Le préjudice éventuel résultant de cette inexécution est un fait postérieur, qui se rapproche beaucoup d'un délit (C. pén., art. 408; C. civ., art. 1348, 1°), et qu'on ne pouvait raisonnablement faire entrer en ligne de compte, lorsqu'il s'agissait de savoir si l'on devait ou non dresser acte de la convention. Telle paraît avoir été la pensée de la section de législation du conseil d'État, puisque cette section a changé la rédaction de l'article 1342, lequel, dans le projet du Code, était conçu en ces termes : « La « règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, « outre la demande du capital, une demande en *dommages et* « *intérêts*, lorsque ces *dommages et intérêts*, joints au capital, « excèdent la somme de cent cinquante francs. »

Il en serait autrement si les parties avaient fixé par une clause, à l'avance, le chiffre des dommages et intérêts. (*Ibid.*, art. 1152.) Cette clause, qui équivaut à une stipulation d'intérêts, doit, comme toute autre convention, être prouvée par écrit dans les limites fixées par la loi.

En ce qui touche le taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux civils, comme il s'agit de savoir, non ce qui a dû être rédigé par écrit, mais sur quoi le tribunal est appelé actuellement à prononcer, les demandes en dommages et

intérêts doivent, en général, être prises en considération pour l'évaluation de l'importance du litige. (Loi du 10 avril 1838, art. 2.)

161. Boiceau (liv. I, chap. XVIII, n^os^ 11 et 12) se demandait s'il y avait lieu d'admettre la preuve par témoins, lorsqu'on réunissait dans un même exploit plusieurs demandes dont l'ensemble se trouvait dépasser le taux légal : *Si plures videlicet petitiones uno libello concipiantur, quæ coacervatæ centesimam libram excedant, discretæ vero centesimam summam non egrediantur.* Et il répondait en distinguant si ces demandes procédaient ou non de causes différentes. Dans le silence du législateur, cette décision était exacte; ce n'était point contrevenir à l'ordonnance de Moulins que de traiter verbalement deux affaires distinctes, par exemple, un prêt et une vente, quand l'importance de ces affaires, prises isolément, ne dépassait point le taux légal. Mais l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 5), dont la disposition a été reproduite par l'article 1345 du Code, a étendu la prohibition à cette hypothèse. « L'esprit de l'ordonnance », dit Pothier (*ibid.*, n° 792), « en défendant cette preuve, ayant été que les particuliers « ne fussent point exposés aux risques de la subornation « des témoins pour des sommes considérables et excédant « cent livres, qui leur seraient demandées par des fripons, « elle doit être refusée, soit que cette somme soit prétendue « pour une seule ou pour plusieurs causes, étant aussi facile « de suborner des témoins qui déposent de plusieurs fausses « créances que d'en suborner qui déposent d'une seule. « Lorsqu'aux créances qui n'excèdent pas cette somme le « créancier en ajoute une nouvelle qui fait monter le total « de toutes les créances à plus de cent livres, il doit en « faire dresser un acte. »

Ce dernier motif cesse d'être applicable lorsque les créances proviennent de personnes différentes, par succes-

sion, donation ou autrement; il n'y a plus de contravention à l'esprit de la loi, ni de la part du créancier actuel ni de la part de ses auteurs dès que la jonction n'est plus la suite d'un contrat intervenu avec le même débiteur, mais résulte de la force des choses. Aussi le Code (art. 1345), comme l'ordonnance, admet-il alors la preuve par témoins.

162. On aurait pu éluder cette dernière prohibition, en intentant successivement des actions inférieures au taux légal. Tel est le principal motif de la règle (art. 1346) qui prescrit de former dans un seul et même exploit toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne sont pas entièrement justifiées par écrit; en ajoutant que les autres demandes, dont il n'y aura pas de preuve par écrit, ne seront pas reçues. Cette prescription doit-elle s'appliquer même aux dettes qui proviennent de personnes différentes, et qui sont dès lors susceptibles de se prouver par témoins? On pourrait croire que non, si on ne s'attachait qu'à cette idée que la loi a voulu prévenir une fraude à la prohibition de l'article 1341, fraude sans objet ici, puisque l'enquête est admissible à raison de la diversité de l'origine des dettes. Mais l'article 1346 ne fait que reproduire une disposition de l'ordonnance de 1667 (titre XX, art. 6), qui, indépendamment des règles de la preuve, tendait à prévenir la multiplication des petits procès[1]. (Voyez le procès-verbal des

[1] Il n'existe toutefois aucune prescription de ce genre sous le point de vue de la compétence. Rien n'empêche un plaideur de scinder ses actions, pour éviter les frais d'une juridiction supérieure. Nous n'avons aucune institution qui ressemble à l'exception *rei residuæ* (Gaius, comm. IV, § 122) des Romains. Mais, bien que nos lois gardent également le silence sur le cas où l'on diviserait une créance unique, ce qui donnait lieu à l'exception *litis dividuæ* (Caius, *ibid.*), les auteurs les plus exacts tiennent que le défendeur pourrait forcer son adversaire à ne pas fractionner sa demande. La conduite du plaideur qui ne veut agir que pour partie, est aussi inconséquente que peu respectueuse pour le tribunal.

conférences sur l'ordonnance de 1667, discussion sur le titre XVII du projet, art. 4 [1].)

Toutefois, on ne saurait exiger du créancier la jonction, lorsqu'elle était moralement impossible : ce qui arriverait s'il avait ignoré l'ouverture de la succession d'où provenait la créance nouvelle.

Ce premier pas fait, ne faut-il pas aller plus loin, et exiger la jonction des demandes, au cas même où elles s'appuieraient sur un commencement de preuve par écrit? Les termes de l'ordonnance et du Code : *qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit*, conduisent forcément à cette solution. Il est vrai que l'article 1347 paraît la contrarier, en déclarant que *les règles ci-dessus* et par conséquent, dit-on, l'article 1346, reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Mais cette rédaction s'explique parfaitement, si on se reporte au projet de Code, dans lequel ne figurait pas l'article 1346. A l'avantage de la simplification des procès, que nous venons de signaler, on peut ajouter encore l'utilité, pour la bonne expédition des affaires, de la réunion dans une seule enquête de faits qui seront souvent connexes. Cette partie du Code ne nous paraît donc pas mériter les critiques dont elle a été souvent l'objet.

Nous n'irons pas cependant jusqu'à étendre, ainsi que l'ont fait certains auteurs, la prescription de la loi aux créances non encore exigibles. Sans doute, le législateur eût pu pousser la rigueur logique jusque-là. Mais il ne l'a point fait, il s'est tenu dans les termes du bon sens pratique en parlant des *demandes formées;* on ne forme point

[1] « M. le président de Novion a dit que les procès qui se font pour différentes causes peuvent être joints pour plus grande facilité : que cette multiplicité d'actions était contraire à la présente réformation. »

une demande pour des créances non échues, et il ne saurait y avoir lieu, en l'absence d'un texte, à frapper le demandeur de déchéance pour avoir omis dans l'exploit la mention insolite de créances étrangères à l'instance actuelle.

163. Nous parlons de déchéance. Telle est, en effet, la sanction que formule l'article 1346, en déclarant que les demandes dont il n'y aura pas de preuve par écrit, *ne seront point reçues*. Il ne faut donc pas dire seulement que ces demandes ne pourront être prouvées par témoins, en laissant la voie ouverte aux autres modes de preuves tels que l'aveu de la partie et le serment. Il s'agit ici, on ne saurait trop le répéter, d'une mesure tendant à simplifier les procès, et par conséquent prescrite d'une manière absolue. C'est au juge que la loi s'adresse en défendant de *recevoir la demande* (comp. Code de proc., art. 48), et dès lors, s'il vient à reconnaître, par la déclaration de la partie ou des témoins, qu'il existe, outre les créances mentionnées dans l'exploit, d'autres créances exigibles non justifiées par écrit, il doit déclarer d'office le demandeur non recevable.

164. En résumé, voici quel paraît être le système de la loi sur l'évaluation de l'objet du litige. Elle se reporte d'abord au moment où la convention a eu lieu, pour voir si, à cette époque, la valeur excédait ou non le taux légal, lors même qu'actuellement elle se trouve au-dessous de ce taux. De plus, en sens inverse, il ne suffit pas que, dans l'origine, le chiffre de cent cinquante francs n'ait pas été dépassé; elle examine si depuis on n'a pas franchi après coup la limite posée. Ces deux points de vue correspondent aux deux motifs bien distincts de la prohibition. On se reporte au passé, parce que le vœu de la loi est qu'on s'assure une preuve stable dès le principe. On s'attache au présent, parce qu'il ne faut pas perdre de vue non plus le danger de la corruption des témoins.

Dans nos premières éditions, nous nous étions attaché à cette idée pour résoudre la question si débattue que fait naître le texte de l'article 1834 : « Toutes sociétés doivent « être rédigées par écrit, lorsque leur *objet* est d'une valeur « de plus de cent cinquante francs. » On se demande ce qu'il faut entendre par l'*objet* d'une société? Deux opinions diamétralement opposées sont professées sur cet article. Les uns, pénétrés de cette idée que ce qu'a voulu le législateur, c'est la rédaction d'un acte lors de la formation de la société, s'attachent, non à l'intérêt ultérieur des associés, mais à la valeur originelle de la mise sociale, quelque accroissement qu'elle ait reçu depuis. D'autres, au contraire, ayant surtout en vue le danger de la subornation des témoins, ne tiennent pas compte de l'importance que pouvait ou que peut avoir la société prise collectivement, mais considèrent uniquement l'intérêt de l'associé demandeur, qu'ils autorisent à obtenir l'enquête, si la réclamation ne dépasse pas cent cinquante francs. Nous pensions que chacune de ces opinions reposait sur un fond de vérité, leur seul tort étant d'être exclusives. Les témoins ne nous semblaient pouvoir être admis, ni dans le cas où l'objet total de la société dépassait primitivement cent cinquante francs, ni dans le cas où actuellement l'intérêt collectif serait venu à dépasser ce chiffre. Nous disons l'intérêt collectif et non l'intérêt individuel; car, en parlant de l'*objet* de la société, et non de la mise de chaque associé, le Code envisage *in globo* l'actif social. Si on alléguait, dans le premier cas, que la société a diminué de valeur, nous répondions que la preuve testimoniale n'est pas admissible pour une somme qui serait le restant d'une créance plus forte, non prouvée par écrit. (Art. 1344.) Et si on prétendait, dans le second cas, qu'il a suffi aux parties de ne pas contrevenir à la loi lors de la formation du contrat, nous opposions l'article 1342, qui

oblige à réunir les intérêts au capital. N'y avait-il pas identité de raison pour les bénéfices capitalisés? Nous ne faisions exception que pour l'hypothèse où, l'échéance même de ces bénéfices étant le signal de la dissolution de la société, il eût été déraisonnable d'exiger un écrit des associés, en supposant qu'ils n'y fussent pas astreints lorsqu'ils se sont réunis.

Mais il nous paraît plus sage, en définitive, de nous attacher à la première opinion, et de considérer purement et simplement l'*objet* de la société lors de sa formation. Sans doute, dans l'espèce jugée par la Cour de Turin, le 24 mars 1807, l'échéance même des bénéfices était le signal de la dissolution de la société, puisqu'il s'agissait d'une mise à la loterie, le lot gagné dépassant cent cinquante francs et l'ensemble des mises n'excédant pas cette valeur. Mais les motifs de l'arrêt sont plus généraux. « Pour déterminer l'ob-« jet de la société », dit la Cour de Turin, « il faut unique-« ment regarder le montant de la somme et la valeur de la « chose que les parties ont mise en commun, le bénéfice « qui peut en résulter n'étant qu'un objet incertain, futur, « accessoire et dépendant du contrat principal de la société. » Il n'y a donc point lieu, dans le silence de la loi, à assimiler les bénéfices aux intérêts.

DEUXIÈME MOTIF D'EXCEPTION.

Commencement de preuve par écrit.

165. L'exclusion de la preuve testimoniale, en matière conventionnelle du moins, ne tend pas, nous l'avons déjà dit, à exiger impérieusement un écrit. Les autres preuves orales moins suspectes, l'aveu et le serment, sont admissibles, quand l'écriture n'est pas requise pour la substance de l'acte, comme dans le contrat de mariage. Mais, si un

aveu complet prouve la convention, on conçoit qu'il puisse y avoir un aveu incomplet, de nature à rendre vraisemblable le fait allégué, sans en donner toutefois une pleine démonstration. Si cet aveu imparfait est constaté par écrit, car autrement on tomberait dans un cercle vicieux, il donne à la prétention une base assez solide pour qu'on puisse sans danger admettre les témoins. Telle est la théorie qui résulte de la définition donnée par l'article 1347 du commencement de preuve par écrit : « On appelle ainsi tout acte « par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande « est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vrai- « semblable le fait allégué. »

Dans l'ancienne jurisprudence, et surtout à une époque très-rapprochée de l'ordonnance de Moulins, on n'exigeait pas, comme aujourd'hui, que le commencement de preuve eût le caractère d'un aveu, c'est-à-dire qu'il émanât du défendeur. L'ordonnance étant considérée comme exorbitante, on voyait avec faveur tout moyen d'en éluder l'application. Mornac (*Ad leg. certi*, § *Quoniam*, D., *De reb. cred.*) s'exprime en ces termes : « Prohibita non est edicto regio probatio « per testes in summa quæ centum libras superat, si vel « tantillum scripto, cui fides adhibeatur, de re controversa « constiterit, quum summum illud jus invectum sit in mores « gallicos ob testium facilitatem. » C'est ainsi qu'un arrêt rapporté par Vrevin (sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins) vit dans une reconnaissance émanée d'une veuve un commencement de preuve contre les héritiers de son mari. L'ordonnance de 1667, si elle ne confirma pas cette jurisprudence, ne la condamna pas non plus, puisqu'elle ne fit que mentionner (titre XX, art. 3) le commencement de preuve par écrit, sans le définir. Les auteurs les plus exacts, notamment Danty (*Additions sur Boiceau*, part. II, chap 1er) et Pothier (*Oblig.*, n° 808), enseignèrent bien que l'écrit

devait émaner d'une partie intéressée dans la contestation; mais rien n'obligeait les tribunaux à se conformer à cette opinion, et la Cour de cassation juge constamment qu'on peut encore aujourd'hui, pour les espèces nées avant la promulgation du Code, considérer comme un commencement de preuve une pièce émanée d'un tiers étranger au litige.

166. La doctrine de Danty et de Pothier, consacrée aujourd'hui par la loi, reçoit encore toutefois de notables exceptions. (Voy. art. 1335 et 1336.) Mais ce n'est pas encore le lieu d'examiner les questions si débattues qui s'élèvent sur les actes qui peuvent servir de commencement de preuve, lorsque ces actes émanent de tiers, ou bien lorsqu'ils présentent certains vices de forme. La solution de ces questions suppose nécessairement la connaissance des conditions requises pour qu'un acte fasse foi. Nous la renvoyons en conséquence à nos développements ultérieurs sur les preuves préconstituées. Nous supposerons ici que l'écrit est présenté en justice comme émanant de celui contre qui la demande est formée, et nous avons à nous demander à quelles conditions il peut être admis à titre de commencement de preuve.

167. D'abord, aux termes de l'article 1347, l'auteur de l'écrit doit être le défendeur, ou *celui qu'il représente*, par exemple, le défunt relativement à l'héritier. Il en est de même, en sens inverse, de *celui qui le représente;* ainsi, les écrits du mandataire peuvent être opposés au mandant, ce qu'a jugé la Cour de cassation pour le mandat légal du tuteur. (Rej., 23 novembre 1869.)

168. En second lieu, l'écrit doit être *émané du défendeur*. C'est donc une erreur grave de qualifier de commencement de preuve par écrit, comme le fait Toullier (5e édition, t. IX, n° 61), des écritures privées qui ne sont ni vérifiées ni reconnues. Ces écritures ne sont absolument rien, tant

qu'on en ignore l'origine, et ce serait faire une véritable pétition de principe que de vouloir corroborer par la preuve testimoniale un aveu dont l'existence n'est pas démontrée. L'illustre professeur de Rennes paraît avoir confondu les témoins appelés quelquefois à la vérification d'une écriture, avec les témoins qui viennent déposer sur l'existence de la convention. Dans le premier cas, les témoins viennent attester, non ce que contient l'écrit, mais la confection même de l'écrit dont l'origine est contestée. Dans le second cas, ils viennent attester le fait que l'écrit rend vraisemblable. Ainsi, lorsqu'il s'agit de commencement de preuve par écrit, il peut y avoir deux enquêtes bien distinctes : l'une tendant à établir que l'écrit allégué est de la main de celui à qui on l'attribue ; l'autre tendant à établir, par d'autres dépositions, le fait même de la convention, que cet écrit permet de vérifier par témoins. La première de ces enquêtes est seule admissible *de plano*, comme ayant trait à un simple fait, la confection de l'écrit, auquel ne s'applique point la prohibition de l'article 1341. (Voy. n° 153.) L'écriture est d'ailleurs censée émaner du défendeur, par cela seul qu'il en admet l'autorité, ainsi qu'on l'a décidé (Rej., 8 août 1860) pour un livre de commerce admis comme élément de compte.

Pour que l'écrit produit ait quelque valeur, il faut que l'origine n'en puisse être contestée. La Cour de cassation a rejeté avec raison (Cass., 9 novembre 1842) l'autorité de notes informes trouvées dans les papiers du prétendu débiteur, et même les déclarations non signées, reçues par un notaire ou par un huissier (Cass., 27 janvier 1868) ; mais elle a admis à titre de commencement de preuve les déclarations faites dans un interrogatoire sur faits et articles, bien que non signées de la partie (Rej., 14 janvier 1868), les conclusions signifiées en son nom (Rej., 1er août 1867),

et il en serait de même d'un procès-verbal de conciliation [1]. Quant aux réponses faites lors d'une comparution des parties à l'audience et consignées dans les qualités du jugement, on a critiqué la jurisprudence (Rej., 7 juillet 1840 et 27 novembre 1842) qui les considère comme émanées de la partie à laquelle les qualités les attribuent. Mais, en droit, les avoués représentent leurs clients, et les décisions de la Cour de cassation sont inattaquables à ce point de vue. Seulement, en fait, les tribunaux doivent accueillir avec précaution ce qui n'est constaté que par les qualités, dont la rédaction n'offre pas toutes les garanties désirables. (Voy. Aix, 13 août 1866.)

On se demande, à ce sujet, s'il est permis d'invoquer comme commencement de preuve par écrit devant les tribunaux civils les réponses précédemment faites dans le cours d'une procédure criminelle. Les termes généraux de la loi : « Tout acte par écrit..... qui rend vraisemblable le « fait allégué », conduisent à cette solution. Le contraire avait cependant été jugé, le 13 août 1836, par la Cour de Paris, qui avait pensé que les juges civils ne peuvent puiser leur conviction dans les documents d'une procédure criminelle. Mais cette restriction est tout à fait arbitraire, et ce n'est nullement confondre la juridiction civile avec la juridiction criminelle que d'autoriser les tribunaux civils à voir un commencement de preuve par écrit dans une instruction régulière, qui équivaut bien à de simples notes émanées du défendeur. Aussi l'arrêt de la Cour de Paris a-t-il été cassé le 2 juin 1840. (Voy. aussi Rej., 31 janvier 1859 et 2 mai 1864.) Néanmoins cette doctrine demande à être appliquée avec précaution. Il ne faut pas perdre de vue non plus que l'acte doit être *émané de celui contre lequel la demande est*

[1] Au cas de non-conciliation, les dires ne doivent pas être mentionnés. (C. de proc., art. 54.)

formée. Or, si ce caractère appartient aux réponses faites devant le juge d'instruction, réponses qui sont lues à l'inculpé afin qu'il puisse reconnaître si ses déclarations n'ont pas été dénaturées, il n'en est point de même généralement des dires constatés seulement par les notes d'audience que rédige le greffier. C'est ce qu'a jugé avec beaucoup de raison un arrêt de cassation du 17 juillet 1841 : « Attendu « qu'on ne peut attribuer ce caractère à un écrit qui n'est « pas émané du prévenu, dont il n'a pu contrôler la teneur, « qu'il n'a ni vu ni signé, et qui est l'ouvrage d'un officier « à qui la loi n'a pas donné de mission spéciale à cet effet. » (Voy. aussi Cass., 23 septembre 1853.) Nous pensons qu'il faut appliquer cette décision, même aux notes d'audience, rédigées par le greffier du tribunal correctionnel, et visées par le président, aux termes de la loi du 13 juin 1856. (C. d'inst., nouv. art. 200.) Si la nouvelle loi a donné une mission spéciale au greffier, il est toujours vrai que le prévenu, aujourd'hui comme autrefois, n'est point appelé à contrôler la teneur de la rédaction.

169. Enfin, l'écrit doit *rendre vraisemblable* le fait allégué. Il y a dès lors abus, lorsque le juge, en l'absence de tout écrit, commence par ordonner un interrogatoire sur faits et articles, puis se fonde sur quelques réponses insignifiantes, quelquefois même sur le refus de répondre, pour ordonner l'enquête. Mais, en droit, la faculté de puiser un commencement de preuve dans l'interrogatoire est incontestable. (Rej., 14 juillet 1856.) Au surplus, s'il est arrivé que la preuve testimoniale ait été quelquefois admise avec trop de facilité, il faut reconnaître que, dans plus d'une occasion, les juges ont éprouvé le besoin, légitime au fond, de se débarrasser des entraves d'un système trop absolu, et de soulager leur conscience par l'audition de témoins. Notre législation civile est aujourd'hui plus forma-

liste que nos mœurs, et nos magistrats diraient volontiers avec Mornac (n° 165) que c'est là *summum jus, invectum in mores gallicos propter testium facilitatem.*

170. Du reste, le point de savoir quel doit être le caractère de l'écrit invoqué, peut appeler l'examen de la Cour de cassation. (Rej., 7 juillet 1840 et 29 novembre 1842.) Aussi a-t-elle prononcé avec raison (17 décembre 1867) la cassation d'un jugement qui avait vu dans la simple inaction de la partie un commencement de preuve par écrit. Mais l'appréciation du plus ou moins de vraisemblance que puise dans l'écrit le fait allégué, appartient exclusivement aux juges du fait. (Rej., 9 janvier 1861 et 1er août 1867.)

TROISIÈME MOTIF D'EXCEPTION.

Impossibilité de se procurer une preuve littérale.

171. Nous avons déjà fait remarquer que les délits et quasi-délits, aussi bien que le quasi-contrat de gestion d'affaires, sont placés en dehors de la règle de l'article 1341, et que par conséquent on ne doit pas voir une exception, bien que la loi semble le dire, mais l'application du droit commun, dans la faculté de les prouver par tous les moyens possibles. Les cas véritablement exceptionnels, dont nous allons nous occuper, sont ceux où il s'agit de conventions qu'on n'a pas pu constater par écrit.

172. L'impossibilité physique sera rare dans la pratique. Le Code civil signale le cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. (Art. 1348, 3°.) Il n'est pas nécessaire de supposer une impossibilité absolue, comme si l'on se trouvait prêter de l'argent à quelqu'un dans un désert, sans avoir aucun moyen d'écrire et loin de toute communication; il suffit qu'il y ait impossibilité locale et momentanée. Si je rencontre une personne dépouillée par

des voleurs, je pourrai, avec toute sûreté, lui avancer, en présence de témoins, une somme de plus de cent cinquante francs, pour l'aider à continuer sa route. Sans doute, à toute force, il eût été possible de dresser acte, en faisant venir un officier public; mais l'ordonnance de Moulins n'a pas voulu mettre des entraves aux relations d'humanité et de philanthropie. C'est ainsi que le Code (art. 1348, 2°), reproduisant l'ordonnance de 1667, dispense formellement d'une reconnaissance écrite les dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. Il n'est pas possible de faire inventaire des effets mobiliers qui sont remis à la hâte chez des voisins, dans des circonstances où souvent l'intérêt autrement grave du salut des personnes ne permet pas de s'occuper minutieusement des biens. Sous l'empire même de l'ordonnance de Moulins, qui était muette sur cette exception, le parlement de Paris avait admis, par un arrêt du mois d'août 1573, les héritiers d'un protestant à prouver par témoins un dépôt de cette nature, fait par leur auteur au moment où il allait être massacré le jour de la Saint-Barthélemy. Quelques auteurs voulaient aller plus loin, et mettre le dépôt volontaire sur la même ligne que le dépôt nécessaire. « Velim excipi sacri arca- « nique depositi causam », disait Cujas (*Paratit.* Cod., *Ad tit. depositi*), exprimant un vœu plutôt qu'une opinion. Mais on a reconnu que les motifs de délicatesse exagérée qui pouvaient empêcher de se faire donner une reconnaissance, ne sauraient prévaloir sur le danger de rouvrir une porte aux abus que le législateur a voulu proscrire. Aussi l'ordonnance de 1667 et l'article 1341 du Code civil font-ils rentrer expressément dans la prohibition le dépôt volontaire [1]. Au surplus, les cas d'impossibilité mentionnés par la

[1] Cette règle est applicable même au dépôt des valeurs entre les mains d'un agent de change (Bordeaux, 3 janvier 1860), malgré l'usage introduit chez beaucoup d'agents de change de ne point délivrer de récépissé.

loi ne sont que des exemples, et il appartient toujours aux juges du fait d'apprécier l'impossibilité. (Rej., 18 mai 1841 ; Bordeaux, 2 mars 1871.) C'est ainsi qu'une fille qui avait quitté la maison maternelle, après le second mariage de sa mère, a été autorisée par la Cour de Bourges, le 29 mai 1826, à faire preuve par témoins de l'importance des effets mobiliers qu'elle réclamait ; il lui avait été moralement impossible de demander à sa mère et à son beau-père une reconnaissance écrite des objets qu'elle laissait en leur possession. Un arrêt de cassation du 28 juillet 1859 constate la même impossibilité morale pour la constatation de travaux faits sur un immeuble dont le constructeur se croyait propriétaire.

173. Il est des cas où l'on aurait pu, à la rigueur, faire un écrit, mais où la rapidité des transactions est considérée comme entraînant une sorte d'impossibilité morale. C'est ainsi que les dépôts faits dans une hôtellerie ont été assimilés aux dépôts nécessaires, d'abord par la jurisprudence, puis par l'ordonnance de 1667 et par le Code civil. Les voyageurs sont souvent si nombreux et séjournent si peu de temps, qu'il serait singulièrement gênant, et pour eux et pour le maître de l'hôtel, de les astreindre à dresser inventaire de leurs effets [1]. Mais dans ce cas, comme au cas de dépôt nécessaire proprement dit, la facilité accordée par le législateur pourrait donner lieu à de grands abus ; aussi a-t-il soin d'ajouter, pour avertir le juge d'être circonspect dans l'admission de pareilles réclamations : « Le tout, « suivant la qualité des personnes et les circonstances du « fait. » (Art. 1348, 2°.) Il faut appliquer la même restric-

[1] Il faut assimiler aux hôtelleries les restaurants, cafés et bains publics. Mais c'est mal à propos que Rodier (sur le tit. XX, art 4, de l'ord.) voyait un dépôt nécessaire dans la remise d'objets à un joaillier ou à un tailleur ; et que l'on a voulu (voy. la note précédente) attribuer ce caractère à la remise de titres entre les mains d'un officier ministériel. (Rej., 6 novembre 1838.)

tion (Rej., 2 août 1864) dans les cas d'impossibilité morale signalés au n° précédent.

On a prétendu qu'il est permis de prouver par témoins la remise d'objets à un voiturier, comme on y est admis en ce qui touche l'aubergiste; mais cette assimilation est abusive. L'article 1782 dit bien que les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes; mais autre chose est l'étendue de l'obligation que l'on suppose constatée, autre chose est la constatation même de l'obligation. Il était de l'intérêt public d'imposer aux voituriers la même responsabilité qu'aux aubergistes, mais, pour cela, il faut préalablement établir la remise des effets. Cette remise ne saurait être assimilée à un dépôt nécessaire. Bien loin de dispenser d'écrire, le Code (art. 1785) prescrit expressément la tenue de registres où l'on doit inscrire tout ce que l'on confie au voiturier, tandis que l'on n'a jamais établi dans les hôtelleries de pareils registres. Vainement dit-on qu'il s'agit d'un acte de commerce (C. de comm., art. 632), et qu'après tout les commerçants sont généralement astreints à tenir des livres, ce qui n'empêche point l'admissibilité de la preuve testimoniale pour la preuve des opérations commerciales. Cette admissibilité reçoit exception dans certains contrats, et telle nous paraît avoir été ici l'intention du législateur, lorsque nous rapprochons les articles 1950 et 1952 du Code civil, autorisant indéfiniment la preuve testimoniale en matière de dépôt nécessaire fait aux aubergistes, des articles 1785 de ce même Code, et 96 du Code de commerce, qui prescrivent à l'entrepreneur de transports l'inscription de la nature et de la quantité des marchandises. L'article 96 suppose même que l'entrepreneur peut être requis par l'expéditeur d'inscrire certaines mentions : ce

qui prouve que le registre n'est point seulement en ce cas, comme habituellement, un moyen de contrôle pour la régularité des opérations du commerçant, mais un titre destiné à être invoqué par ceux qui contractent avec lui[1]. Le voyageur n'est-il pas averti qu'un certain temps est consacré dans l'usage à l'inscription des marchandises? N'y a-t-il point faute lourde de sa part à ne point déclarer ses effets? L'impossibilité morale ne saurait exister que s'il n'avait point été tenu de registres (arg. de l'art. 46, C. civ.); s'il s'agissait d'objets de peu d'importance, que l'on n'a point l'habitude d'enregistrer, tels qu'un sac de nuit, le tout sauf l'examen des circonstances (voy. arr. de rejet du 19 frimaire an VII et du 9 novembre 1839); ou même pour des colis plus importants, s'ils avaient été remis à un préposé, pendant que le voyageur prenait un billet au guichet. (Aix, 11 mars 1871.)

La nécessité de déclarer les effets n'emporte point celle d'en déclarer la valeur, si cette valeur ne dépasse point ce qu'il est d'usage d'emporter pour un voyage, y compris une certaine somme en or. (Paris, 24 novembre 1857; Angers, 20 janvier 1858.) Mais si l'expéditeur, pour éviter le payement du prix fixé par le tarif, s'abstient de déclarer des valeurs considérables, il n'a aucune action, en cas de perte, contre le voiturier, ainsi que l'a décidé la Cour de Paris, le 10 avril 1854, relativement à l'envoi fait sans indication de valeurs, par le chemin de fer d'Orléans, d'une boîte contenant des titres évalués à 96,000 francs. De même, la Cour de Bordeaux, le 24 mai 1858, n'a alloué que 1,500 francs à un voyageur qui prétendait avoir mis 25,000 francs dans un sac de nuit, et le pourvoi formé

[1] Si l'entrepreneur ne substitue au registre un simple carnet, ce carnet sert de titre à l'expéditeur, ainsi que l'a jugé la Cour de Rouen pour la Compagnie des chemins de fer de l'Ouest, le 17 mai 1867.

contre cet arrêt a été rejeté le 16 mars 1859. La Cour de cassation s'est encore prononcée en ce sens le 7 août 1867.

174. Mais généralement il y a impossibilité morale, constatée par l'usage journalier, en ce qui touche les opérations commerciales, dont la rapidité et l'économie seraient singulièrement compromises par la nécessité de l'écriture. Le Code civil s'était contenté de faire un renvoi à cet égard. Nous avons déjà vu (n° 145) que le projet de Code de commerce avait voulu supprimer cette ancienne prérogative des juridictions consulaires [1], qui les plaçait en dehors de l'ordonnance de Moulins, mais que les réclamations unanimes des intéressés avaient fait renoncer à cette innovation. Bien que l'article 109 du Code de commerce semble n'autoriser le tribunal à admettre la preuve testimoniale que pour les *achats et ventes*, on est d'accord aujourd'hui (voy. notemment Rej., 17 mars et 13 juillet 1868) pour généraliser l'application de ce texte, qui ne cesse que là où le droit commercial même établit des règles particulières sur la preuve.

Il s'élève une question assez délicate sur la preuve d'une opération qui n'est commerciale que pour l'une des parties, par exemple, d'une vente de blé faite par un propriétaire à un boulanger. La partie vis-à-vis de laquelle l'acte est commercial, le boulanger, dans l'espèce, aura-t-il, pour prouver sa libération, toute la latitude que donne le droit commercial, ainsi que l'a décidé la Cour d'Agen le 6 janvier 1828? Par un arrêt de cassation du 14 novembre 1862, la Cour régulatrice a fait prévaloir l'opinion rigoureuse qui autorise la partie vis-à-vis de laquelle l'acte n'est point commercial, à exiger pour la libération de l'autre partie les

[1] Cette pratique avait déjà été attestée par les juges-consuls, lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667. (Danty, *Observations générales*, n° 18.)

conditions prescrites par le droit civil. La même Cour s'est montrée plus large (Rej., 8 août 1860) en admettant la preuve testimoniale des articles, même non commerciaux d'un compte courant opposé, sous forme de demande reconventionnelle, à une demande principale ayant un caractère commercial.

Au surplus, d'après l'ancienne pratique des juges-consuls, qui n'autorisaient la preuve testimoniale que suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait (Danty, *Observations générales*, n° 18), nos tribunaux se réservent de décider s'ils *croient devoir admettre* cette preuve, ainsi que l'indique le même article 109 : ce qui n'est que l'application du principe général suivant lequel l'enquête ne doit jamais porter que sur des faits reconnus concluants. (C. de proc., art. 254.) La jurisprudence (Cass., 16 janvier 1866) a d'ailleurs étendu aux contestations portées devant les conseils de prud'hommes la faculté de prouver par témoins l'existence d'une convention, bien que ces conseils ne soient point précisément des juges de commerce, puisque c'est par le juge de paix qu'ils sont remplacés, dans les villes où il n'y a point de prud'hommes constitués.

175. Si l'impossibilité, même simplement morale, de se procurer un écrit lors de la convention, suffit pour rendre l'enquête admissible, il doit en être de même, à plus forte raison, quand l'écrit, après avoir été dressé suivant le vœu de la loi, se trouve perdu par suite de quelque accident (art. 1348, 4°); il y a là une impossibilité absolue *ex post facto* de produire une preuve littérale. Justinien, dans la loi 18 au Code *De testibus*, avait eu soin de faire exception pour ce cas aux règles qu'il avait établies pour la preuve de la libération. « Sin vero facta quidem per scrip-« turam securitas est, fortuito autem casu vel incendii, vel « naufragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his

« qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, « etiam debiti solutionem per testem probare, damnumque « ex amissione instrumenti effugere. » L'empereur a soin de faire remarquer qu'il faut, avant tout, prouver l'accident qui a été la cause de la perte, « causam peremptionis pro- « bantibus » ; accident qui laisse ordinairement des traces extérieures, et qui, de droit commun, est susceptible de la preuve testimoniale. Autrement, s'il suffisait de faire venir des témoins qui déclarassent avoir vu tel écrit, en alléguant que cet écrit a disparu ultérieurement, toutes les restrictions relatives à la preuve testimoniale deviendraient illusoires. Le point fondamental de l'enquête, c'est la perte du titre; ce n'est qu'autant que cet événement est bien établi qu'on arrivera par nécessité à entendre des témoins sur le teneur de l'acte perdu. Le système contraire ne constituerait pas seulement un mal jugé, il violerait la loi, aux termes d'un arrêt de cassation du 7 ventôse an XI. (Voy. aussi Orléans, 13 décembre 1862.)

On est recevable, du reste, à prouver la perte, même lorsque l'écriture était requise pour la validité de l'acte. Un cas fortuit ne peut anéantir les droits de celui qui a fait tout ce qu'il était humainement possible de faire pour obéir à la loi : décision applicable même aux testaments.(Rej., 12 décembre 1859.) Mais alors on décide avec raison que les dépositions des témoins ne peuvent suppléer l'écrit qu'autant qu'elles attestent l'accomplissement apparent des solennités requises; c'est ainsi qu'on a jugé, par uu arrêt de cassation du 17 février 1806, que des témoignages qui reproduisaient les dispositions d'un testament, sans constater qu'il réunissait les conditions voulues par la loi, ne pouvaient autoriser les tribunaux à exécuter ce testament, dont on alléguait la perte. On sent avec quelle circonspection les juges devront toujours procéder en de pareilles affaires,

où ils marchent véritablement sur des charbons ardents. Combien ne devront-ils pas être sûrs de la délicatesse et de la gravité des témoins, pour reconstruire ainsi, sur la foi de souvenirs fugitifs, des actes que la sollicitude du législateur avait cru devoir entourer de tant de formes ! Il n'en est pas de même lorsque l'écrit n'était exigé que pour la preuve. Il n'est point nécessaire alors que le billet ait été vu par les témoins, pourvu qu'ils justifient de l'existence de la créance constatée par le billet. (Pothier, *Oblig.*, n° 816.)

176. En s'attachant à cette idée qu'il est permis de constater par témoins, vu la nécessité, le contenu d'un acte perdu ou détruit, fût-il authentique, on arriverait à reconnaître qu'on peut prouver de cette manière l'existence même d'un jugement criminel. Mais le législateur a reculé devant l'admission de la preuve testimoniale pour vérifier d'aussi importantes décisions. Reproduisant en partie les dispositions du Code du 3 brumaire an IV (voy. ce Code, art. 548 et suiv.), le Code d'instruction criminelle (livre II, titre IV, chap. VII) trace des règles spéciales pour le cas de perte des pièces d'une procédure, en matière criminelle ou correctionnelle [1]. Aux termes de l'art. 523 de ce Code, s'il n'existe plus d'expédition ni de copie authentique de l'arrêt de la Cour d'assises, mais que la déclaration du jury existe encore, on procède, d'après cette déclaration, à un nouveau jugement. Bien plus (art. 524, *ibid.*), si on ne peut retrouver, soit la déclaration du jury, soit le jugement, dans les affaires qui ne sont pas soumises au jury, l'instruction est recommencée à partir du point où les pièces se trouvent manquer. Ces dispositions constituent une grave dérogation

[1] En matière de simple police, les peines sont si peu importantes, qu'il est bien difficile de supposer la perte du jugement avant que l'exécution soit achevée. En tout cas, des instructions de cette nature ne devraient pas être recommencées, et la perte profiterait au condamné.

à la maxime *Non bis in idem*, puisqu'elles autorisent à rejuger, peut-être *in pejus*, une affaire définitivement terminée. C'est là, il nous semble, le seul cas où le législateur lui-même confonde expressément et volontairement la preuve avec le fond du droit. Jamais les jurisconsultes romains n'auraient admis que le défaut de preuve d'une condamnation fût un motif pour recommencer l'instance. Moins scrupuleux sur l'admissibilité de la preuve testimoniale, ils auraient autorisé la preuve par témoins de l'existence du jugement, et telle est encore aujourd'hui la marche admise dans la pratique anglais eet américaine. (M. Greenleaf, tom. I, p. 645.) Chez nous, si l'on s'attachait aux règles ordinaires, ce serait au ministère public, qui veut faire exécuter la condamnation, à en établir l'existence et la nature ; jusque-là, on devrait présumer l'acquittement ou l'absolution. Toutefois le Code des délits et des peines (art. 553) ajoutait au système qu'il avait introduit un tempérament qui rentrait un peu dans le droit commun. « Dans « le nouveau débat, il peut être produit des témoins tant « par l'accusateur public que par l'accusé, pour rendre « compte des circonstances et du résultat de la déclaration « du jury et du jugement égarés, sauf aux jurés à y avoir « tel égard que de raison. » Mais, quelque raisonnable qu'il puisse être en soi de chercher à rétablir le jugement, avant de songer à le refaire, cette disposition n'ayant pas passé dans le Code d'instruction criminelle, qui ne dit rien de semblable, il faudra bien, pour se conformer à la loi, recommencer la procédure comme nouvelle, sans s'enquérir du passé.

Ce système exorbitant s'applique (C. d'instr., art. 521) au cas où il n'existe ni minute ni expédition d'un arrêt *non encore exécuté*. Cela doit s'entendre d'une exécution consommée, que l'on doit toujours présumer régulière. Que si elle

était seulement commencée (ce qui peut avoir lieu pour les peines autres que la peine de mort, qui se composent de faits successifs), on ne saurait la continuer, en l'absence de documents authentiques propres à justifier de la nature et de la durée de la peine. Il faudrait alors refaire une nouvelle instruction, comme si l'exécution n'avait pas même été entamée. Du reste, ces mots *non exécutés* prouvent que, dans la pensée de la loi, il s'agit d'une condamnation; les ordonnances d'acquittement et les arrêts d'absolution s'exécutent sur-le-champ. (*Ibid.*, art. 358.) Il ne peut donc être question de renouveler le procès qu'à l'égard des accusés qui se trouveraient entre les mains de la justice en vertu d'une condamnation dont la preuve viendrait à manquer. Quant à ceux qui seraient retenus pour une autre cause, ou qui auraient été mis en liberté, il est évident qu'on ne saurait les placer dans l'alternative de prouver soit un acquittement, soit une absolution, ou bien de subir de nouvelles poursuites. On voit que si le système adopté peut entraîner quelquefois l'aggravation après coup d'une condamnation définitive, jamais du moins il ne replacera sous le coup d'une accusation celui qui aura été affranchi de toute poursuite. Enfin, la régularité de notre administration judiciaire rendra heureusement fort rare l'application de ce chapitre du Code d'instruction criminelle. (Voy. cependant l'espèce citée par Legraverend, *Traité de la législation criminelle en France*, chap. XIV.)

QUATRIÈME MOTIF D'EXCEPTION.

Consentement de l'adversaire.

177. Après avoir constaté les cas où cesse l'exclusion de la preuve testimoniale en matière conventionnelle, nous avons à nous rendre compte du caractère même de cette

exclusion. Est-ce là une de ces règles d'ordre public auxquelles la volonté des parties ne peut déroger? (C. civ., art. 6.) Cette question, agitée depuis le seizième siècle, n'a pas été tranchée par nos Codes modernes. Aussi serait-on tenté d'adresser ici au législateur le reproche d'incurie que lui fait d'Argentré en pareille circonstance : « Admirabilis « principum socordia, qui de his tamdiu patiuntur dubitari, « de quibus uno verbo constituere poterant! »

L'opinion suivie autrefois par le plus grand nombre des arrêts consistait à s'attacher à ces expressions des ordonnances, reproduites par l'article 1341 du Code : *Il n'est reçu aucune preuve par témoins*, pour soutenir que la prohibition s'adresse directement au juge. Le motif de la corruption des témoins est sans doute, dit-on, inapplicable, quand la partie adverse consent à les tenir pour bons. Mais l'autre motif, le danger de multiplier les procès, subsiste dans toute sa force. La disposition est donc d'ordre public. (Caen, 30 avril 1860.)

On conçoit jusqu'à un certain point cette jurisprudence rigoureuse, à une époque où la doctrine de l'ordonnance de Moulins était encore nouvelle et n'avait pas encore passé complétement dans les mœurs judiciaires. Le consentement à l'enquête pouvait alors être considéré comme une affaire de routine, plutôt que comme une concession sérieuse. Mais depuis que les exigences de la loi sur la preuve écrite sont devenues familières aux plaideurs, il est plus difficile de ne pas voir une sorte d'aveu de la part de celui qui consent à laisser entendre les témoins. Or, il ne faut pas perdre de vue que les conventions verbales sont parfaitement valables au fond, et qu'un commencement de preuve par écrit suffirait pour autoriser l'enquête. Eh bien, le consentement donné en justice n'a-t-il pas autant de force que l'indice, souvent si léger, qu'on puise dans un commencement de

preuve? L'argument qu'on tire de ces mots : *Il ne sera reçu*, etc., est bien faible; car, de ce que le texte, dans sa rédaction, s'adresse aux juges, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'ordre soit absolu, et qu'il leur soit défendu de recevoir la preuve même au cas où la partie intéressée à la repousser déclarerait l'admettre. Il faut toujours en revenir à la question de fond. L'ordre public est-il ici directement en jeu? Sans doute, la disposition dont il s'agit se rattache à des considérations d'ordre public; mais n'en est-il pas de même du principe que nul ne peut être distrait de ses juges naturels, principe auquel il est pourtant facultatif de renoncer? (C. de proc., art. 169.) Pour que toute convention contraire soit nulle, il faut que la loi soit telle qu'on ne puisse s'en écarter sans détruire le but qu'elle s'est proposé, comme lorsqu'il s'agit de l'obligation de rédiger les conventions matrimoniales avant le mariage. Mais ici rien de pareil. Tout ce que l'intérêt public exige, c'est que la faculté de s'opposer à l'enquête soit toujours une arme à la discrétion des parties, mais non que les parties soient tenues de s'en servir. Et par cela seul que la constatation de pareilles conventions dépendra toujours de la bonne foi de l'adversaire, il est peu à craindre que l'on s'y fie d'habitude et que de tels procès soient bien fréquents. Cette opinion, déjà suivie jadis par Jousse et par Duparc Poullain, auteurs si judicieux et d'un esprit si pratique, paraît prévaloir dans la jurisprudence. Plusieurs arrêts de Cours d'appel (Bourges, 16 décembre 1826; Rennes, 25 février 1841; Bordeaux, 16 janvier 1846[1]) ont jugé *in terminis* que le

[1] Un autre arrêt de la Cour de Bordeaux, du 6 mars 1849, a essayé d'éluder la difficulté en autorisant l'audition, non assujettie à la forme des enquêtes, de témoins acceptés par les deux parties, en vertu d'une sorte de compromis. Mais nous croyons, avec Devilleneuve (1849, part. II, p. 514), que ce terme moyen, qui admet le témoignage au fond, sans la garantie des formes de l'enquête, doit être rejeté, comme peu conforme au véritable esprit de la loi.

consentement du défendeur autorise l'enquête ; et la Cour de cassation décide que la partie, si elle a acquiescé au jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête, est non recevable à l'attaquer après le jugement définitif. (Rej., 31 mars 1847 et 11 mars 1856.) Une doctrine opposée sur ce dernier point, doctrine qu'il est difficile de ne pas admettre dans le système de l'exclusion absolue, permettrait au défendeur d'obtempérer en apparence à une enquête frustratoire, en se réservant la faculté de l'attaquer, si elle lui était défavorable, et de tout remettre en question. Or, c'est là précisément retomber dans ces involutions de procédures que l'on cherchait par-dessus tout à éviter [1].

§ 3. CAS OÙ L'EXCLUSION A PLUS D'ÉTENDUE.

SOMMAIRE. — 178. Le législateur préoccupé ici du danger de la multiplication des procès. — 179. Restrictions spéciales en matière de bail. — 180. En matière de transaction. — 181. En est-il de même en matière de partage ? — 181 *bis*. *Quid* d'une cession d'office ? — 182. Restriction pour certains contrats commerciaux. — 183. Sociétés de commerce, autres que les associations en participation. — 184. Origine des règles sur la publicité de ces sociétés. — 185. Sanction de ces règles. — 186. Abolition des *sociétés taisibles*.

178. Si le législateur a souvent fait cesser pour de justes motifs la rigueur du principe qui n'admet pas la preuve testimoniale des conventions, quelquefois aussi il l'a aggravée, en repoussant absolument les témoins, quelque modique que soit la valeur du litige. Alors évidemment il n'a plus en vue le danger de la subornation, mais seulement la crainte de la multiplication des procès [2].

179. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1715 du Code civil, conforme à l'ancien usage de Paris, on ne peut prou-

[1] Signalons, comme rendu dans le même esprit, un arrêt de la Cour de Rouen du 21 août 1867, qui déclare licite la clause d'une police d'assurance maritime dispensant l'accusé de produire, en cas de sinistre, aucune pièce justificative.

[2] C'est dans cet esprit que l'article 1314 du Code civil italien soumet à la nécessité d'une preuve par écrit presque toutes les conventions relatives à des droits réels immobiliers. Au contraire, quant au bail, le Code italien laisse la preuve sous l'empire du droit commun.

ver par témoins un bail de maisons ou de biens ruraux qui n'a reçu aucune exécution. On a cru devoir tarir la source d'innombrables contestations dans une matière aussi usuelle. Le législateur, en ajoutant que le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail (même art. 1715), annonce suffisamment l'intention de n'admettre d'autre preuve que le serment, et tout au plus l'aveu du défendeur (Cass., 12 janvier 1864) : il nous semble dès lors rationnel de repousser l'emploi de la preuve testimoniale, au cas même où il y aurait un commencement de preuve par écrit. (Paris, 6 mai 1862; Rouen, 18 février et 19 mars 1841.) La Cour de cassation (Rej., 1er août 1867) a toutefois jugé le contraire, le texte ne lui paraissant pas assez formel pour déroger à l'article 1347.

Mais pourra-t-on entendre des témoins sur le fait même de l'exécution du bail, lorsqu'elle est contestée? La négative nous paraît résulter nécessairement du système de la loi, « attendu », dit fort bien un arrêt de cassation du 14 janvier 1840, « qu'admettre à prouver par témoins des « faits considérés comme commencement d'exécution d'un « bail verbal, ce serait admettre comme conséquence néces- « saire la preuve testimoniale d'un bail verbal, preuve for- « mellement interdite par la loi. » (Voy. aussi Cass., 12 janvier 1864.) L'exécution pourra, du reste, être établie par l'aveu de la partie, et notamment par sa correspondance. (Rej., 5 mars 1856.)

Quant à la preuve des clauses d'un bail dont l'existence est constante, il faut distinguer entre le prix et les autres conditions. Pour le prix, le locateur en est cru sur son serment, sauf au locataire à provoquer une expertise. (*Ibid.*, art. 1716.) Pour les autres conditions, il faut rentrer dans le droit commun, et n'en autoriser la preuve par témoins qu'au cas où l'intérêt de la contestation ne dépasse pas cent

cinquante francs : dans le cas contraire, on retombe sous l'empire de la règle qui prescrit de passer acte de toute convention. Bien que la jurisprudence ne soit pas fixée sur ce dernier point, il nous paraît souffrir d'autant moins de difficulté que la clause la plus importante, celle de la durée du bail, se trouve suppléée par la loi (*ibid.*, art. 1736, 1774), à défaut de preuve régulière de la convention. Il n'y a donc point nécessité de recourir à la preuve testimoniale.

La résiliation du bail ne peut pas plus que le bail lui-même être prouvée par témoins, lors même qu'il existerait un commencement de preuve par écrit. Mais, la résiliation une fois établie, les conditions peuvent en être prouvées conformément au droit commun. (Rej., 28 avril 1861.)

Faut-il conclure des principes que nous venons de poser, qu'un propriétaire qui aurait laissé occuper pendant un certain temps sa maison ou son champ, sans se faire *délivrer* aucun écrit, n'eût aucun moyen d'obtenir une indemnité du preneur assez effronté pour nier l'existence du bail? La difficulté avait été prévue et résolue dès le temps de Boiceau, qui accorde, en ce cas, au propriétaire une action *in factum* contre l'occupant, considéré non comme *preneur*, mais comme détenteur de la chose d'autrui : « Petitio hoc « modo facta », dit-il (part. I, ch. XVI, n° 2), « contrac- « tum non respiciet, qui testium probationem admitteret, « sed nudam tantum et injustam occupationem, quæ occu- « pantem ex quasi contractu, vel quasi delicto, obligasse « videtur. » Et cette décision judicieuse a été depuis universellement admise. (Voy. Jousse, sur l'ord. de 1667, tit. XX, art. 4.) Aujourd'hui c'est l'article 1382 du Code civil *qui* remplace l'action *in factum* de Boiceau. (Orléans, 12 février 1842.) Il en serait de même, à plus forte raison, s'il s'agissait de caractériser la possession vis-à-vis des tiers. (N° 153.)

180. Une disposition conçue dans le même esprit est celle qui prescrit la rédaction *par écrit* du contrat de transaction [1]. (C. civ., art. 2044.) La véritable portée de cette disposition se trouve indiquée dans ce passage du rapport fait par le tribun Albisson : « La transaction devant terminer « un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau « que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un pro- « blème sur l'admissibilité ou les résultats d'une épreuve « testimoniale. » La loi a donc voulu exclure totalement la preuve par témoins. On reconnaît en conséquence, puisqu'il faut bien donner un sens à l'article 2044, que la preuve testimoniale d'une transaction n'est point admissible, lors même que la valeur du litige ne dépasse pas cent cinquante francs. Mais la Cour de cassation a jugé (Cass., 23 novembre 1864) que le texte du Code n'est point assez précis pour exclure la faculté de prouver la transaction par témoins, s'il existe un commencement de preuve par écrit. Cette décision, contraire à de nombreux arrêts des Cours d'appel (notamment Nancy, 5 septembre 1867; Metz, 30 novembre 1869), nous paraît en opposition avec l'esprit de la loi [2]. Néanmoins l'écrit n'est point de la substance de la transaction, c'est la preuve par témoins seule qui est suspecte; aussi la plupart des arrêts (Bruxelles, 1er décembre 1810; Nancy, 29 juillet 1837; Limoges, 6 février 1845) ont-ils admis la preuve de la transaction verbale au moyen du serment et de l'interrogatoire sur faits et articles. Au surplus, ce motif qu'un acte destiné à trancher toute contestation ne doit pas lui-même être l'objet d'une vérification difficile, étant tout aussi vrai en matière commerciale, et

[1] Cette restriction n'est point reproduite par le Code civil italien.

[2] Lorsqu'il s'agit d'un acte solennel, tel que la donation, il est constant qu'on ne serait point recevable à en modifier les clauses au moyen de la preuve testimoniale, y eût-il un commencement de preuve par écrit. (Cass., 6 juin 1855.)

la transaction n'étant rien moins qu'un acte de commerce, la décision, suivant nous, devait être la même.

181. La loi ne s'explique pas d'une manière aussi précise en ce qui concerne le partage. L'article 816 du Code civil dit que le partage peut être demandé s'il n'y a eu *acte de partage*, ou possession suffisante pour acquérir la prescription. Faut-il entendre ici par acte un écrit constatant le partage, ou simplement une convention de partage, par opposition aux simples *partages de fait*, qui étaient usités dans l'ancienne jurisprudence? La première interprétation, suivie d'abord par la Cour de cassation (Cass., 6 juillet 1836), se fonde sur ce motif pratique que le partage, opération essentiellement complexe, ne peut être utilement établi au moyen de la preuve testimoniale, y eût-il un commencement de preuve par écrit. Mais rien n'indique de la part du législateur l'intention de proscrire complétement les partages verbaux, contrairement à l'ancienne pratique; les documents législatifs n'ont trait qu'à la suppression des anciens partages de fait. Il serait bien rigoureux d'exiger un écrit pour le partage de valeurs mobilières minimes. L'article 819, en autorisant les héritiers majeurs à faire le partage *par la forme et dans tel acte qu'ils jugent convenable*, paraît bien se référer au droit commun. Cette doctrine, admise par beaucoup d'arrêts de Cours d'appel, a prévalu définitivement auprès de la Cour de cassation. (Rej., 21 janvier 1867.)

181 *bis*. La cession d'un office nous semble, au contraire, devoir être rangée au nombre des contrats pour lesquels l'écriture est indispensable.

Il est vrai qu'avant la loi du 25 juin 1841, la faculté de présentation d'un successeur par le titulaire d'un office, aux termes de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, était considérée comme soumise au droit commun sur la vente. La

Cour de cassation (Rej., 8 février 1826) avait déclaré la cession valablement opérée (entre les parties) par une lettre; la Cour de Bordeaux (7 mai 1834) avait même autorisé la preuve testimoniale de la convention, moyennant un commencement de preuve par écrit. Ce système n'étant point compatible avec la perception régulière d'un droit de deux pour cent sur le prix de la cession, la loi du 25 juin 1841, en établissant ce droit, a exigé (art. 6) que tout traité ayant pour objet la transmission, à titre onéreux ou gratuit, d'un office, soit constaté par écrit et enregistré, avant d'être produit à l'appui de la demande de nomination.

Suivant un jugement du tribunal de Domfront (13 mai 1863), ce serait seulement vis-à-vis de l'administration que serait prescrite la rédaction d'un écrit; la preuve de la cession, entre les parties, demeurerait soumise au droit commun, et pourrait dès lors se faire par témoins s'il y avait un commencement de preuve par écrit.

Mais il y aurait le plus grave inconvénient à permettre la preuve de la cession d'un office par témoins, ou même, ce que la logique forcerait à décider, par de simples présomptions. La vente d'un office, qui est un acte tout à fait exorbitant, ne rentre nullement dans les prévisions du droit commun; on comprend parfaitement que le législateur, en le tolérant, l'ait soumis à des formes régulières. Tel est le sens naturel de la loi de 1841, qui a été ainsi interprété, conformément à l'avis de notre savant collègue, M. Demolombe, par la Cour de Caen, dans un arrêt du 1er juillet 1863, qui a infirmé le jugement du tribunal de Domfront.

182. Enfin, il y a même des contrats commerciaux pour lesquels la loi a cru devoir, non-seulement supprimer la latitude ordinairement accordée à la juridiction consulaire, mais encore exclure la preuve testimoniale pour le taux même où elle est admise de droit commun. C'est ainsi que

certains contrats maritimes, notamment le contrat d'assurance (C. de comm., art. 332), doivent être *rédigés par écrit*. Ces expressions étant les mêmes qui ont été employées pour la transaction, il est difficile de croire qu'on ait voulu y attacher un autre sens. Nous ne pouvons donc partager l'opinion des auteurs qui considèrent ces contrats comme solennels, et nous admettrions à leur égard l'aveu et le serment, ainsi qu'on le décide en ce qui touche la transaction et le bail non exécuté. Mais l'aveu ni le serment ne peuvent jamais être invoqués vis-à-vis des tiers. Suivant l'opinion d'Émerigon, reproduite par M. Massé (*Droit com.*, tome IV, n° 2566), il faudrait assimiler au contrat d'assurance le prêt à la grosse. Nous sommes disposé à croire, au contraire, d'après le rapprochement des articles 311 et 312 du Code de commerce, que l'écrit n'est exigé qu'en vue du privilége du prêteur, et que dès lors la preuve par témoins est admissible entre l'emprunteur et le prêteur à la grosse.

En matière civile, l'écriture est également exigée à l'égard des tiers dans le contrat de nantissement. (C. civ., art. 2074, 2085.) Mais alors la preuve testimoniale entre les parties demeure soumise aux principes ordinaires.

Quant au contrat d'assurance terrestre, il est soumis, dans le silence de la loi, aux règles ordinaires sur la preuve. Si les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation (Rej., 5 novembre 1862) semblent exiger un écrit pour la preuve de l'assurance terrestre, nous ne connaissons aucun texte qui autorise à s'écarter du droit commun à cet égard. (En ce sens, Colmar, 12 mars 1861.)

183. Nous devons maintenant nous arrêter spécialement sur une matière d'une haute importance pratique, sur la preuve des sociétés commerciales. Nous n'entendons point parler des associations en participation, que leur peu d'importance a fait classer parmi les affaires commerciales ordi-

naires, dont la preuve par témoins est toujours recevable. (*Ibid.*, art. 49.) C'est en ce qui concerne les autres sociétés de commerce que la loi a établi des règles toutes particulières.

184. Le premier germe des dispositions du Code de commerce sur la publicité des sociétés [1] se trouve dans la législation du seizième siècle. En 1579, l'ordonnance de Blois prescrit (art. 357) *entre les étrangers* l'enregistrement des compagnies aux registres des bailliages, des sénéchaussées et des hôtels communs des villes. Cette prescription, dirigée surtout contre les Italiens, qui faisaient alors presque tout le commerce du royaume, était établie même dans les rapports des associés entre eux : à défaut d'enregistrement, ils ne pouvaient *avoir aucune action l'un contre l'autre.* (Même art. 357.) L'article 414 de l'ordonnance de 1629 soumit les nationaux à la même obligation. Et lorsque le commerce reçut son premier Code dans l'ordonnance de 1673, il fut établi d'une manière générale que toute société serait rédigée par écrit, et qu'à défaut d'enregistrement il y aurait nullité, soit à l'égard des associés, soit à l'égard des tiers. (*Titre des Sociétés*, art. 1 et 2.) Cette extrême rigueur empêcha les dispositions de l'ordonnance de passer dans la pratique, et dès le 11 juillet 1680 un arrêt du Parlement de Paris ordonnait l'exécution de sociétés non enregistrées. Aussi Pothier (*Société*, n° 82) nous apprend-il que les formalités d'enregistrement étaient tombées en désuétude. Enfin le Code de commerce a renouvelé, avec plus d'efficacité cette fois, la prescription de rédiger par écrit et de publier les sociétés de commerce (art. 41 et 42.), prescription reproduite par la loi du 24 juillet 1867. (Art. 55 et 56.)

[1] Sur ce point, comme pour tout ce qui concerne l'historique des sociétés civiles et commerciales, on consultera avec fruit le *Contrat de société* de M. Troplong.

185. Mais quelle devait être la sanction de cette règle? Il était souverainement injuste que l'on pût invoquer vis-à-vis des tiers le défaut de formalités établies précisément pour protéger leurs intérêts. Aussi les rédacteurs du Code de commerce, conformément aux observations faites sur l'ordonnance par la chambre de commerce de Normandie, après avoir exigé l'observation de ces formalités à peine de nullité *à l'égard des intéressés*, ont-ils ajouté que le défaut d'aucune d'elles ne pourrait être opposé à des tiers par les associés. (Art. 42, reproduit par l'art. 56 de la loi de 1867.) Ainsi, le principe qui exige certaines solennités pour que l'existence d'une société commerciale soit reconnue, s'applique dans toute sa rigueur, soit lorsque les associés veulent opposer à des tiers l'existence de la société, soit même lorsqu'ils veulent s'en prévaloir les uns vis-à-vis des autres; mais lorsque des tiers agissent contre les associés à raison de la société, on retombe dans le droit commun en matière de commerce, c'est-à-dire qu'on a une latitude indéfinie pour la preuve. Il serait assez raisonnable, on doit l'avouer, d'admettre également, dans les rapports respectifs des associés, que nul ne pût se prévaloir d'une faute qui est commune à tous. Malheureusement le Conseil d'État n'a pas tenu compte des réclamations qu'avait fait naître sur ce point l'ordonnance de 1673, et n'a pas voulu se borner à prononcer une amende, ainsi qu'on l'avait proposé. C'est en connaissance de cause qu'il a maintenu la sanction exorbitante de la nullité de la convention. A plus forte raison doit-on admettre la faculté d'invoquer la nullité pour les créanciers des associés, créanciers qui ne sont nullement en faute (Cass., 18 mars 1851 et 24 août 1863), et qui se trouvent compris dans la dénomination d'*intéressées*, beaucoup plus large que celle de tiers.

Toutefois, par un tempérament équitable, on ne décide

pas ici ce qu'on déciderait pour un acte vraiment solennel, pour un contrat de mariage, par exemple, qui ne serait pas revêtu de l'authenticité : contrat qui ne produirait aucun effet ni pour le passé ni pour l'avenir. On reconnaît qu'il y a eu, jusqu'au jour où la nullité est prononcée, une communauté de fait, qui se liquide d'après les bases dont les parties étaient convenues. (Voy. arr. de Rej. du 19 mars et du 13 mai 1862; du 7 février 1865.) Mais les stipulations contraires au droit commun, telles que la renonciation à l'appel des décisions arbitrales (Cass., 29 juin 1843) et l'interdiction pour les associés de faire partie d'aucune association de même nature (Cass., 4 janvier 1853), ne sauraient produire aucun effet. (Voy. aussi Rej., 22 novembre 1869.) Le désir d'éluder les conséquences iniques d'une pareille disposition avait d'abord entraîné la jurisprudence plus loin encore. Des Cours d'appel (Voy. arr. de Grenoble du 21 juillet 1823, et de Bordeaux du 16 décembre 1829), et la Cour de cassation elle-même (Voy. surtout arr. de rej. du 6 juin 1831), avaient considéré la nullité comme susceptible de se couvrir entre associés par l'exécution volontaire des conventions sociales. Pour admettre cette fin de non-recevoir, il faudrait s'attacher uniquement à l'intérêt des membres de la société; mais alors on court risque de trop prouver; car, s'il ne s'agit que de cet intérêt respectif, la nullité même est sans but, puisque les associés n'ont besoin d'aucune publicité extérieure pour être instruits de la convention qu'ils ont formée. La nullité n'a pu être introduite que parce qu'on l'a considérée comme d'ordre public, pour assurer, par une sanction énergique, l'observation des formes exigées. Il faut donc souscrire, bien qu'à regret, à la doctrine consacrée par d'autre arrêts (Voy., outre de nombreux arrêts de Cours d'appel, arr. de rej. du 30 janvier 1839 et de Cass. du 31 décembre 1844), d'après lesquels la nullité

ne peut se couvrir par une ratification expresse ou tacite[1].

Si la jurisprudence cherche à atténuer la rigueur de l'article 42 du Code de commerce quant aux rapports des associés entre eux, elle regarde, au contraire, comme si favorable la disposition qui ne permet pas aux associés de se prévaloir, vis-à-vis des tiers, de l'omission des formalités légales, qu'elle tend à l'appliquer même aux sociétés civiles. Telle est la doctrine d'un arrêt de rejet du 23 novembre 1812, suivant lequel l'article 1834 du Code civil, qui exige la rédaction par écrit au-dessus de cent cinquante francs, ne pourrait être opposé aux tiers qui auraient contracté avec une société publiquement connue, quel qu'en fût le caractère. Bien qu'il soit dangereux d'argumenter du droit spécial au droit commun, il faut convenir qu'il y a dans ces deux hypothèses même raison de décider. Quand une association quelconque, eût-elle pour objet des spéculations immobilières, comme l'exploitation d'une mine, a fonctionné pendant un certain temps au vu et au su de tous, il serait extrêmement dur de subordonner à la représentation d'un acte social écrit la validité des engagements qu'elle a contractés avec les tiers. Il ne s'agit pas ici d'un fait qui se soit passé en quelque sorte dans un instant indivisible, comme le prêt d'une somme d'argent, mais bien d'une série d'opérations constituant à l'égard de la société une sorte de possession, qui peut sans danger être constatée contre elle à l'aide de la preuve testimoniale.

Au surplus, même dans les rapports entre associés, l'écriture n'est exigée que conformément au droit commun en matière civile; la production d'un acte social n'est point

[1] Un arrêt de rejet du 28 février 1859 a statué sur une espèce fort délicate, celle où une société non légalement publiée avait conclu un bail, par l'acte social, avec un des associés. La Cour de cassation a décidé que l'associé locateur devait être considéré comme un tiers, le bail ayant une existence distincte de celle de la société.

nécessaire; il suffit d'un commencement de preuve par écrit pour autoriser la preuve par témoins. (Rej., 17 février 1858; Orléans, 26 août 1869.)

186. Les principes que nous venons d'établir, quant aux sociétés civiles et commerciales dont l'existence n'est point justifiée par un écrit en bonne forme, reçoivent leur application aux *sociétés taisibles*, formées par un an de cohabitation entre personnes vivant *à pot commun* et confondant ainsi leur avoir ainsi que leurs profits. Ces sociétés, extrêmement usitées au moyen âge, et qui ont puissamment servi soit l'affranchissement des serfs, soit les progrès de l'agriculture, ont reçu une première atteinte lors de la promulgation de l'ordonnance de Moulins, qui, en exigeant la preuve de toutes conventions d'une certaine importance, excluait par cela même ces associations tacites. Elles se sont cependant maintenues dans certaines provinces, dont les coutumes les autorisaient expressément; et même sous l'empire de coutumes muettes, des auteurs graves, notamment Lebrun (*Traité des communautés tacites*, à la suite de son *Traité de la communauté*), les admettaient, du moins entre gens de la campagne. Mais, les rédacteurs du Code ont manifesté formellement l'intention de ne plus admettre les sociétés taisibles, contre lesquelles se trouve spécialement dirigée la disposition de l'article 1834. (Voy. l'exposé des motifs du titre des sociétés et le discours de l'orateur du Tribunat.) Il n'est donc pas possible que de pareilles sociétés puissent produire effet pour l'avenir, dès que vient à cesser l'accord unanime qui les maintenait. Aussi la Cour de Besançon, après avoir donné effet à une société de cette nature, par un arrêt du 28 décembre 1842, est-elle revenue au droit commun par un arrêt du 23 avril 1845. Mais pour le passé, le règlement doit avoir lieu d'après les conventions tacites des parties, et à cet effet, la preuve testimoniale est admissible,

les associations de cette importance, telles qu'elles sont encore usitées, notamment dans la Franche-Comté, comportant une sorte de possession, laquelle peut être constatée, nous le répétons, sans donner prise au danger de la subornation des témoins.

DEUXIÈME DIVISION.

RESTRICTIONS SPÉCIALES EN MATIÈRE DE QUESTIONS D'ÉTAT.

SOMMAIRE. — 187. Motifs spéciaux d'exclusion en cette matière. — 188. A Rome, exclusion pour l'ingénuité seulement. — 189. Chez nous, substitution progressive de la preuve par registres à la preuve par témoins. En Angleterre, institution récente d'un état civil. Progrès semblable en Autriche. — 190. Division.

187. Nous avons dit qu'outre l'exclusion de la preuve testimoniale en matière conventionnelle, qui remonte à l'ordonnance de Moulins, il y a dans notre droit, en matière de questions d'état, des exclusions puisées dans des motifs un peu différents, et dont la nature et l'étendue sont loin d'être les mêmes. Ces exclusions ne sont point des corollaires de celle que prononce l'ordonnance de Moulins; elles proviennent généralement de dispositions postérieures, quelques-unes même du Code civil seulement.

188. Bien qu'à Rome la tenue de registres réguliers, au moins pour les naissances, eût été prescrite à partir du règne de Marc-Aurèle, *ut, si quando de statu quæstio esset, inde probationes peterentur, quis, a quo editus esset* (Julius Capitolinus, *Vie de Marc-Aurèle*, § 9), on y admit toujours la liberté indéfinie de la preuve testimoniale en matière de questions d'état : « Si vicinis vel aliis scientibus », dit l'empereur Probus (L. 9, Cod., *De nuptiis*), « uxorem liberorum « procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio « filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque « ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideo minus « veritas matrimonii, aut susceptæ filiæ, suam habet potes-

« tatem. » Les actes dont parle ce texte, *tabulæ*, appelés quelquefois aus si *prfessiones parentum* (Celsus, l. 13, Terentius Clemens, l. 16, Scævola, l. 29, § 1, D., *De probat.*), n'étaient autre chose que des registres domestiques[1]. On ne dérogea à cette extrême latitude qu'en ce qui touche l'ingénuité, à laquelle les Romains attachaient une haute importance (Voir, au Digeste, le titre *De collusione detegenda*); de même qu'aujourd'hui, en Amérique, même dans les États qui n'admettaient point l'exclavage, il existe un préjugé enraciné dans les mœurs contre les *hommes de couleur*. La preuve orale ne pouvait suffire pour établir l'état d'ingénu. « Si tibi controversia ingenuitatis fiat », dit Alexandre Sévère (L. 2, Cod., *De testib.*), « defende causam tuam instrumentis « et argumentis quibus potes. Soli enim testes ad ingenui- « tatis probationem non sufficiunt[2]. »

189. Dans notre droit moderne, quand on a établi des règles fixes pour constater l'état des personnes, la preuve testimoniale a été écartée, non pas brusquement, comme l'ordonnance de Moulins l'avait fait pour les conventions, mais successivement, partiellement, et avec de nombreuses distinctions, suivant la nature des cas. L'usage de constater par écrit les naissances, mariages et décès[3], a été emprunté aux prescriptions de l'Église catholique, établies pour constater l'administration des sacrements, puis adaptées aux

[1] Voyez M. Derome, *Preuve de l'état civil chez les Romains.* (*Rev. de législat.*, nouv. sér., tom. III, p. 261.)

[2] Les registres institués par Marc-Aurèle avaient surtout trait aux questions de liberté ou d'ingénuité, *ut si forte aliquis*, dit Julius Capitolinus (*loc. cit.*), *causam liberalem diceret, testationes inde fierent*. Les registres du cens ont dû aussi être empolyés dans ce but, puisque l'on affranchissait *censu*. Mais on sait que les recensements finirent par n'avoir lieu qu'à de longs intervalles, et tombèrent entièrement en désuétude après Décius.

[3] Il importe de consulter le curieux travail de M. Loir *sur l'état religieux et civil des catholiques en France avant* 1792 (*Revue de droit français et étranger*, tom. VI, p. 701).

besoins de la société civile. On trouve des traces de cet usage dans saint Grégoire de Nysse et dans saint Augustin. Au seizième siècle, lorsque déjà plusieurs synodes s'étaient efforcés de régulariser la tenue des registres par les curés, l'autorité civile s'appropria en quelque sorte l'institution canonique, afin de faire prévaloir la preuve écrite sur la preuve testimoniale. Les ordonnances de Villers-Cotterets (art. 50 et suiv.), en 1537, et de Blois (art. 181), en 1579, prescrivirent la mention de l'heure de la nativité ainsi que du décès, et ordonnèrent aux curés de déposer leurs registres aux siéges des bailliages et sénéchaussées. Mais ces ordonnances furent fort mal observées : la mention de la date de la naissance ne se trouve dans les registres conservés à Paris qu'à partir de 1668, et le dépôt des actes aux siéges royaux, bien que commandé par l'ordonnance de 1667, ne fut définitivement organisé que par celle du 19 avril 1736. Quant aux protestants, mis hors du droit commun par la révocation de l'édit de Nantes en 1685, ce ne fut qu'un édit de novembre 1787 qui permit de constater régulièrement leur état civil. Enfin la loi du 20 septembre 1762 a établi un mode uniforme d'actes, dressés par une autorité purement civile, pour la preuve des naissances, mariages et décès. Le Code n'a fait que reproduire cette loi avec quelques modifications.

La constatation des naissances, mariages et décès par des registres, indépendamment de toute opinion religieuse, tend à prévaloir aujourd'hui chez les nations les plus avancées. Ainsi, jusqu'à nos jours, il n'y avait en Angleterre que les registres paroissiaux, institués en 1538 par lord Cromwell, sous Henri VIII. Aujourd'hui, divers statuts (6 et 7, Guill. IV, chap. 84-86; 1, Vict., chap. 22) ont établi des registres tenus par le greffier du district, où tout intéressé, quelle que soit sa croyance religieuse, peut faire constater

les actes de la vie civile. En Autriche, c'est seulement la loi du 10 juillet 1868 qui a accordé force de documents authentiques aux registres de naissance, de mariage et de décès des israélites.

190. Pour éviter toute confusion en cette matière, il importe de traiter à part, d'abord de la naissance et du décès, qui sont de simples faits, puis du mariage et de la filiation, qui constituent des relations sociales. On sent que la loi a dû être plus facile pour la première nature de faits que pour la seconde, qui a trait aux questions d'état proprement dites. Nous verrons ensuite que, même pour ces dernières questions, la preuve repose sur des principes tout différents, suivant qu'il s'agit de mariage ou de filiation.

§ 1. NAISSANCE ET DÉCÈS.

SOMMAIRE. — 191. Admissibilité de la preuve par témoins de ces faits. — 192. Cas de perte des registres. — 193. Cas où il n'en a pas été tenu. — 194. Cas où il y a eu omission.

191. Si les actes de l'état civil sont les moyens réguliers de prouver la naissance et le décès, il n'est guère possible d'exiger d'une manière absolue l'existence d'un écrit pour constater des faits aussi peu complexes. (Nous laissons de côté tout ce qui touche à la filiation.) Nous allons voir que les témoins peuvent généralement être entendus dans les diverses hypothèses où les actes de naissance ou de décès viennent à manquer, soit que les registres aient été perdus, soit qu'il n'en ait pas été tenu, soit même que l'on ait omis d'y mentionner les faits en question. Le Code civil reproduit, sur ce point, les dispositions de l'ordonnance de 1667. (Tit. XX, art. 17.)

192. Le cas de perte des registres rentre dans l'hypothèse plus générale de la perte du titre. En admettant alors la preuve par témoins, l'article 46 du Code civil ne fait

qu'appliquer le principe qui autorise, vu la nécessité, le rétablissement, à l'aide d'une enquête, du contenu d'un acte détruit par force majeure, fût-il solennel. (N° 175.) La perte des registres, assez rare dans les temps modernes, s'est réalisée sur une vaste échelle à Paris, par suite des événements de 1871, et la recomposition en a été ordonnée par la loi du 12 février 1872. La jurisprudence et la doctrine sont du reste d'accord pour assimiler à la perte totale des registres celle de la partie où devait se trouver l'acte destiné à servir de preuve, ainsi que le décide pour les militaires l'article 5 de la loi du 13 janvier 1817.

Le texte de l'article 46 semble supposer qu'on ne pourrait invoquer, à défaut de témoins, ou à l'appui de témoignages incomplets, que les registres et papiers émanés *des pères et mères décédés*; d'où il faudrait conclure que les actes, même authentiques, émanés de parents autres que les pères et mères, ou, ce qui serait plus étrange encore, des pères et mères vivants, qui contesteraient l'état de l'enfant, ne sauraient faire preuve. Cette application littérale du texte le mettrait en opposition avec l'article 324, qui, pour la filiation, là où la loi se montre plus rigoureuse, admet parfaitement les écrits émanés de toute partie intéressée, vivante ou décédée. Aussi faut-il reconnaître que le Code n'a fait que reproduire, sans y attacher d'importance, les expressions purement énonciatives de l'ordonnance de 1667. (*Loc. cit.*) C'est ce qu'ont décidé les arrêts de rejet du 8 novembre 1820 et du 18 décembre 1838.

La Cour de cassation a été plus loin; elle a jugé (Rej., 16 février 1837) que l'admission de la preuve testimoniale rend également admissibles, conformément au droit commun (art. 1353), les présomptions simples.

193. S'il n'a pas été tenu de registres, on arrive à la même solution (même art. 46) par un autre motif, c'est

qu'il y a eu impossibilité de dresser acte de l'événement, quand il a eu lieu. L'impossibilité sera physique, quand les communications auront été interrompues, par exemple, au cas d'inondation. Elle ne sera, il est vrai, que morale, quand il y aura eu négligence de la part des officiers qui n'auront pas tenu de registres. Mais on ne peut exiger que les parties intentent un procès à ces officiers, pour les mettre en demeure d'exécuter la loi.

194. Enfin le cas le plus délicat, c'est celui où l'on a omis de mentionner la naissance ou le décès sur des registres qui ne présentent, du reste, aucune trace de destruction ou d'altération partielle. Ici, sans doute, si on était sous l'empire de la règle de l'article 1341, on devrait décider qu'il a pu être dressé acte, et que dès lors les témoins ne sauraient être admis. On invoque de plus en ce sens l'argument *a contrario*, tiré de l'article 46, qui ne prévoit que les cas de perte et de non-existence des registres. On tire un argument de la même nature de l'article 19 du décret du 3 janvier 1813, qui, pour les accidents arrivés dans l'exploitation d'une mine, autorise exceptionnellement à dresser acte du décès, sans s'être fait représenter les corps. Mais ces raisonnements n'ont aucune force, si on se pénètre bien de l'idée que la preuve testimoniale est de droit commun, lorsqu'il ne s'agit pas de conventions, mais d'événements de l'ordre de la nature[1]. Dès lors l'article 1341 doit être écarté; l'article 46 n'est point limitatif, parce qu'il ne constitue pas une faveur de la loi, mais une déduction forcée des principes généraux, et il faut en dire autant du décret de 1813, qui fournit simplement un moyen de régu-

[1] « L'ordonnance, disait l'avocat général Gilbert des Voisins, ne s'explique pas sur les matières d'état, comme sur la matière des conventions. A l'égard des conventions, elle se sert de termes prohibitifs, impératifs; dans la question d'état, rien de semblable. »

lariser la preuve du décès. Nous admettrons donc, avec la jurisprudence (Voy. notamment les arrêts de rejet du 1er juin 1830 et du 22 avril 1831), qu'on peut suppléer même aux omissions des actes de l'état civil. Mais il faudra alors, pour établir les faits, une enquête spéciale, ordonnée par le tribunal et dirigée par un de ses membres. On doit considérer comme des concessions tout à fait exceptionnelles, introduites dans l'intérêt du mariage, soit la foi accordée à un acte de notoriété, dressé par le juge de paix, sur la déclaration de sept témoins, pour tenir lieu d'acte de naissance au futur conjoint (C. civ., art. 70 et suiv.), soit la faculté de suppléer, au moyen d'une déclaration assermentée des parties et des témoins, à l'acte de décès d'un ascendant dont on ignore le dernier domicile. (Avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII.)

En sens inverse, il existe un avis du 17 germinal an XIII, qui n'autorise les femmes de militaires à convoler en secondes noces qu'à la condition de représenter l'acte de décès de leur mari. Faut-il voir là, comme on le croit généralement, une restriction particulière, destinée à prévenir le danger de bigamie, et applicable dès lors même aux femmes de non-militaires? Remarquons d'abord qu'il ne s'agit pas d'un article de loi, mais d'une interprétation, dont l'autorité ne peut aller au delà de la question proposée. Ajoutons, pour bien circonscrire le terrain de la difficulté, que cet avis ne s'applique qu'au cas d'omission sur les registres; car s'il s'agit de perte, de non-existence, ou de tenue irrégulière, la loi du 13 janvier 1817 (art. 5), qui ne statue, il est vrai, que sur les guerres de la Révolution et de l'Empire, mais qui pose évidemment en ce point un principe général, autorise à ordonner la preuve testimoniale du décès des militaires, conformément à l'article 46 du Code civil. Or, dans cette loi, l'épouse est mentionnée

(art. 1er), aussi bien que les héritiers. Bornée au cas d'omission sur les registres, la décision du Conseil d'État se justifie pour les militaires par des motifs particuliers. Le grand nombre de décès qui ont lieu simultanément à la guerre, prête singulièrement à des erreurs sur l'identité [1]. Le défaut d'inscription, lorsqu'il a été tenu des registres réguliers, permet toujours de soulever des doutes sur l'exactitude du fait, et ces doutes doivent suffire pour empêcher le convol. Le danger est moindre pour les décès ordinaires, lors desquels les circonstances peuvent être telles qu'il ne s'élève pas l'ombre d'un doute sur l'identité. On ne peut donc argumenter *a prari* de l'avis du 17 germinal an XIII. En l'absence d'un texte prohibitif, les tribunaux seront fondés à autoriser un second mariage, si le fait de la mort résulte de témoignages précis et concordants. Leur décision sur ce point ne pourrait, suivant nous, constituer tout au plus qu'un mal jugé; mais on sent qu'ils doivent user avec sobriété d'un pouvoir aussi délicat.

§ 2. MARIAGE.

SOMMAIRE. — 195. Distinction de la preuve directe et de la preuve par possession d'état. — 196. Preuve du mariage dans l'ancien droit. — 197. Possession d'état repoussée par le droit moderne. — 198. Effet qu'elle peut produire en faveur des enfants. — 199. Cas où il n'a pas été tenu de registres; — où il y a omission. — 200. Cas où l'acte a été inscrit sur une feuille volante. — 201. Résumé. — 202. Législation anglaise sur ce point.

195. Lorsqu'il ne s'agit pas d'un événement de la nature qui s'accomplit dans un instant donné, comme la naissance et la mort, mais d'une relation qui est destinée à se perpétuer, comme le mariage et la filiation, on conçoit (indépendamment de l'acte) deux voies bien distinctes pour arriver à la preuve. L'une consiste à établir directement le fait générateur de la relation, la célébration du mariage, par

[1] C'est pour cela que le Code (art. 96) exige trois témoins pour les actes de décès dressés à l'armée.

exemple. L'autre consiste à établir indirectement cette même relation, en rassemblant les faits qui la rendent vraisemblable, et en les groupant, pour ainsi dire en faisceau, afin de vérifier le droit au moyen de l'exercice du droit, la propriété au moyen de la possession. C'est ce qu'on appelle prouver la *possession d'état*, tandis que, dans le premier mode, on démontre directement la propriété, en quelque sorte, de ce même état. Le mérite respectif de ces deux modes de preuve varie essentiellement suivant qu'il s'agit du mariage ou de la filiation, que nous allons aborder successivement. Et nous nous rendrons, du reste, aisément compte de cette diversité de solutions.

196. Pour le mariage, dont nous traitons en premier lieu, c'était souvent au moyen de la possession d'état qu'il se vérifiait à Rome. En effet, nous savons qu'aucune convention solennelle, avec telle ou telle forme, n'était requise, et que l'*uxor* ne se distinguait de la *concubina* que par la nature plus relevée de l'affection qu'on lui témoignait. Lors donc qu'on ne pouvait justifier de cérémonies spéciales (*nuptiæ*), on était admis à rechercher après coup la volonté des parties dans le caractère que présentait leur union aux yeux de la société, à analyser les effets pour remonter à la cause.

Au moyen âge, le droit canonique, qui réglait les conditions du mariage, permettait de le contracter par *paroles de présent*[1] (*verba de præsenti*), lesquelles n'exigeaient aucune cérémonie particulière. La bénédiction nuptiale n'était requise que pour le sacrement, et le mariage des infidèles mêmes n'avait pas besoin d'être renouvelé, lorsqu'ils entraient dans l'Église. Telle est la doctrine précise de saint Thomas d'Aquin. Comme il n'était pas possible de s'en rapporter uniquement à la mémoire de ceux qui avaient

[1] Par opposition aux paroles de futur, qui emportaient seulement promesse de mariage.

entendu les paroles du présent, on devait encore souvent, à cette époque, constater la légitimité de l'union par la nature des relations des personnes qui s'étaient toujours traitées, que l'on avait toujours considérées comme mari et femme. Cette doctrine était encore en pleine vigueur après la promulgation de l'ordonnance de Moulins; car, bien que le mariage repose sur une convention, il a toujours été soumis à des règles spéciales. Boiceau (part. I, chap. IV) admet encore indéfiniment les témoins, soit qu'il s'agisse de la preuve directe, *quum Caius, præsentibus et consentientibus parentibus et vicinis, accepit Caiam in uxorem;* soit qu'il s'agisse de la preuve indirecte, *quum publice tenuit eam et aluit in uxorem, vicinis scientibus*[1]. Ce fut le concile de Trente qui, dans sa vingt-quatrième session, prononça la nullité des unions clandestines, en ordonnant aux parties de contracter mariage *præsente parocho et duobus vel tribus testibus*[2]. Ce décret ne fut pas reçu en France, parce qu'il empiétait sur la compétence du pouvoir séculier; mais les dispositions en furent reproduites par les ordonnances de nos rois.

Le document législatif le plus important en cette matière, c'est l'ordonnance de 1639 (art. 7), qui renouvelait et complétait des règlements antérieurs mal exécutés, notamment l'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579. Il y fut défendu à tout juge de recevoir la preuve par témoins de promesses faites par paroles de présent, devant les parents et amis, et enjoint de dresser acte de la célébration en pré-

[1] Les questions de mariage étant alors jugées par les officialités, Boiceau ajoute (*loc. cit.*) : « Quid absurdius esset, si id quod a judicibus ecclesias-« ticis sacramentum esse contenditur, seu res sacramentalis et mystica, non « nisi scriptis et tabellionibus adhibitis conficere liceret ? »

[2] Les mariages clandestins antérieurement contractés demeureront valables. *Tametsi dubitandum non est*, ajoute le concile, *clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata esse et vera matrimonia, quamdiu ecclesia ea irrita non fecit.* Même pour l'avenir, cinquante-six prélats s'étaient prononcés contre la nullité.

sence de quatre proches parents. Quant à la preuve tirée de la possession d'état, on disait bien, en général (Voy. Danty sur Boiceau, *loc. cit.*), que, depuis que le consentement dénué des formes requises ne pouvait plus constituer une union légale, cette possession, dénuée de tout autre adminicule, était plutôt la preuve de la débauche et du scandale que celle d'un mariage contracté. Toutefois, dans des circonstances très-favorables, on en revenait encore quelquefois à l'ancienne doctrine [1]. C'est ainsi qu'un arrêt du Parlement de Paris du 7 janvier 1676 reconnut à une femme qui ne pouvait produire d'acte de célébration, la qualité de veuve d'un procureur, à raison d'une possession d'état de trente-neuf ans. De plus, et indépendamment de la disposition de l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 17) qui autorisait la preuve par témoins en cas de perte ou de non-existence des registres, comme l'article 46 du Code civil l'autorise encore aujourd'hui, on regardait la possession d'état, ou un commencement de preuve par écrit, comme des bases suffisantes pour autoriser la preuve testimoniale. (Voy. Danty, *loc. cit.*)

197. Aujourd'hui il ne peut plus être question des *paroles de présent*, devenues tout à fait étrangères à nos mœurs [2]. La possession d'état, à une époque où l'agglomé-

[1] La jurisprudence des parlements au dernier siècle admit même, d'une manière générale, la preuve par possession d'état des mariages protestants, pour lesquels aucune forme n'avait été établie, et qui avaient été, suivant le langage du temps, *célébrés au désert*. Cette jurisprudence était fondée sur une sorte de nécessité sociale. Car il y avait dès 1740, à ce que nous rapporte Élie de Beaumont, plus de *quatre cent mille mariages* de cette nature.

[2] Le droit commun, en Angleterre et en Amérique (n° 199), admet le mariage *per verba de præsenti*, et *per verba de futuro* quand la cohabitation a suivi. (M. Greenleaf, tom. II, p. 459.) Sur le territoire britannique proprement dit, un statut de Georges II, en 1754, a prescrit la célébration devant un ministre du culte; mais ailleurs, en l'absence de statuts locaux, l'ancienne règle est applicable, notamment dans certaines colonies anglaises (*ibid.*, note 2) où les mariages ne peuvent être célébrés régulièrement.

ration de la population dans les grandes villes est si considérable, et où il est si facile de se déplacer, prêterait singulièrement à la fraude.

Au surplus, ne plus faire produire à cette possession les effets qu'elle produisit jadis, ce n'est pas, à proprement parler, introduire une restriction à l'admissibilité de la preuve testimoniale. Aujourd'hui, comme autrefois, on peut très-bien mettre au jour, au moyen d'une enquête, les relations maritales qui existent entre deux personnes. Ce qui est contesté, c'est que ces relations elles-mêmes doivent faire présumer un mariage régulier. Les témoins sont toujours aptes à prouver les faits; mais les faits ne sont plus concluants aux yeux de la loi. *Frustra probatur quod probatum non relevat.* « La possession d'état », dit l'article 190 du Code, « ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'in- « voqueront respectivement, de représenter l'acte de célé- « bration de mariage devant l'officier de l'état civil. » Après tout, il est difficile d'admettre que celui des prétendus époux qui agit contre l'autre, ne puisse se rappeler le lieu où le mariage aura été contracté. Qu'il l'indique, et, sauf le cas d'accident, la vérification sera facile. C'est là le vice fondamental de la possession d'état, lorsqu'il existe des registres en bonne forme. Et il est à remarquer que, dans l'affaire de 1676, la prétendue veuve avait eu l'imprudence de préciser le lieu et la date de son mariage, et que, vérification faite sur le registre de la paroisse désignée, on ne trouva aucune trace d'un mariage célébré à l'époque désignée entre les parties. Ainsi, il est assez probable que la possession d'état de trente-neuf ans n'était qu'une fraude habilement prolongée.

195

Il faut remarquer toutefois, à l'appui de la décision du parlement de Paris, que les registres n'étaient pas tenus bien régulièrement dans l'ancien droit. (N° 189.) La Cour

de Bourges s'est montrée plus sévère (17 mars 1830) pour la preuve d'un mariage que l'on disait célébré en 1801, mais qui n'était établi qu'au moyen d'un acte de notoriété, délivré par le desservant et par le maître d'école : les faits allégués étaient antérieurs au Code, mais régis par la législation de 1792, qui avait déjà organisé la tenue régulière des registres.

198. Le même motif ne saurait être invoqué à l'égard des enfants, qui peuvent fort bien ignorer le lieu où leurs parents se sont mariés. Aussi sont-ils autorisés à alléguer la possession d'état de leurs auteurs[1], pour fonder leur légitimité, lorsque rien dans leur acte de naissance ne vient contredire cette prétention[2]. (C. civ., art. 197.) Mais pour cela, il faut que les deux époux soient décédés. Plusieurs décisions de la jurisprudence (Toulouse, 24 juin 1820; Paris, 21 juin 1853) refusent d'assimiler le cas d'absence des époux à celui de décès. Cette interprétation nous semble bien rigoureuse. Ce qui nous paraît certain, c'est que si l'un des époux est vivant et capable, il faut l'interroger sur le lieu de la célébration. On ne doit pas même distinguer s'il a ou non des intérêts contraires à ceux de son en-

[1] Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'autre effet de la possession d'état (C. civ., art. 196), qui consiste à rendre les époux non recevables à demander la nullité d'un acte irrégulier, mais corroboré par cette possession. Il ne s'agit plus là d'un mode de preuve, car l'irrégularité n'est nullement douteuse, mais d'une fin de non-recevoir contre la demande en nullité pour vice de forme, de même que la cohabitation pendant six mois est une fin de non-recevoir contre la demande en rescision du consentement pour erreur ou pour violence. (*Ibid.*, art. 181.)

[2] L'enfant n'est point obligé de représenter son acte de naissance, afin de prouver que cet acte ne contredit point la possession d'état; car le lieu de sa naissance peut lui être aussi inconnu que celui du mariage de ses parents. C'est aux adversaires à produire cet acte, s'il y a lieu. (Agen, 18 mai 1842; Toulouse, 4 juillet 1843.) Mais il doit établir la possession d'état de ses parents comme mari et femme par une preuve directe, et non par de simples inductions. (Arr. de Cass. du 19 juin 1867, cité par Devilleneuve, I, 843, avec les observations de notre savant collègue M. Labbé.)

fant. Le législateur n'a pu supposer que, par une réticence frauduleuse, un père voulût faire descendre un enfant légitime au rang de bâtard. (Voy. en ce sens un arrêt de Toulouse du 24 juillet 1826.)

Le motif tiré de l'impossibilité où se trouvent les enfants de connaître le lieu du mariage de leurs parents, n'a rien qui leur soit purement personnel. Aussi la Cour de Nîmes a-t-elle jugé, le 18 juin 1860, que les héritiers des enfants sont également recevables à invoquer le bénéfice de l'article 197. Mais ces héritiers sont tenus, aussi bien que les enfants eux-mêmes, de prouver, outre la possession d'état des enfants, celle de leurs auteurs comme époux (Cass., 19 juin 1867), sauf aux juges (arr. de Nîmes précité) à se montrer moins rigoureux pour la preuve de faits fort anciens.

Cette présomption de légitimité qui résulte de la possession d'état en faveur des enfants, admet-elle la preuve contraire? Il y a un premier point, qui ne saurait faire doute: la possession d'état ne saurait avoir plus de force que l'acte même de célébration, elle prouve l'existence du mariage, mais non sa validité, et l'on est recevable à établir qu'il se trouve paralysé par un empêchement dirimant, tel qu'un premier mariage non dissous. (Douai, 8 mars 1845.) Le point controversé, c'est la question de savoir s'il est permis de détruire la présomption de l'article 197, en ce qui touche le fait même de la célébration, par exemple en opposant aux enfants un acte de mariage irrégulier, antérieur à leur naissance. Pour l'affirmative, on a dit que l'article 197 défend seulement de contester l'état des enfants *sous le prétexte du défaut de représentation de l'acte de mariage*, mais que, dans l'espèce, il y a bien plus que défaut de représentation, puisqu'il y a production d'un acte irrégulier. On invoque, en ce sens, la maxime: Mieux vaut l'absence de titre qu'un titre vicieux. On ajoute, pour répondre à l'argument tiré

d'un arrêt de rejet du 11 août 1841, que, dans l'espèce, il s'agissait d'un mariage célébré par un ministre du culte, mariage qui n'avait rien d'incompatible avec l'existence d'un mariage civil régulier; mais qu'on ne peut plus supposer un mariage régulier, lorsqu'il est produit contre les enfants un acte civil manifestement nul, tel que celui qui constaterait un mariage contracté devant le secrétaire de la mairie.

Quelque ingénieuse que soit cette distinction, elle nous paraît en opposition avec l'esprit de la loi. La pensée du législateur a été d'admettre en faveur des enfants la possession d'état comme preuve du mariage de leurs parents, par cela seul qu'elle n'est point contredite par l'acte de naissance. Le Code ne réserve nullement la preuve contraire, résultant de la production d'un titre irrégulier, preuve incomplète d'ailleurs, puisque les époux ont pu régulariser leur position. Cette décision est en harmonie avec l'article 196, qui, entre les époux eux-mêmes, admet que les nullités de forme sont couvertes par la possession d'état.

La Cour de cassation a jugé, dans le même esprit (Rej., 7 avril 1869), qu'il ne suffit point, pour faire tomber la présomption de l'article 197, de représenter l'acte de mariage de l'un des parents avec une tierce personne depuis disparue; il faudrait établir la persistance du mariage à l'époque où se place la conception de l'enfant.

199. En ce qui touche la preuve directe par témoins de la célébration publique du mariage, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit du cas de perte des registres, en parlant des naissances et des décès. On pourrait peut-être douter de l'admissibilité de cette preuve, quand il n'a pas été tenu de registres. Le mariage, dirait-on, n'étant pas un fait de l'ordre de la nature, mais un acte astreint à certaines formes, en l'absence de ces formes il

n'y a absolument rien; de même qu'il serait impossible de faire un contrat de mariage dans une localité où il n'y aurait pas de notaire. Mais cette opinion rigoureuse serait contraire à l'article 46 du Code, ainsi qu'à l'article correspondant de l'ordonnance de 1667. On ne peut imputer aux parties de s'être conformées à la pratique des officiers civils de leur commune, sauf la responsabilité de ces officiers. D'ailleurs le mariage n'est pas un contrat littéral, son essence n'est pas dans l'acte écrit, mais dans le consentement publiquement donné devant l'officier civil compétent. (*Ibid.*, art. 165.) C'est ce qui ressort du texte de l'article 75 du Code, où nous voyons l'officier civil prononcer que les parties *sont unies par le mariage*, puis *en dresser acte*, ce qui indique bien que l'acte ne sert que pour la preuve, et telle était aussi la doctrine de Pothier. (Voy. son *Traité du contrat de mariage*, n° 378.) Il y aurait encore moins de doute au cas où le mariage aurait été contracté à l'étranger, dans un pays où il n'est point tenu de registres réguliers. C'est ainsi que l'on a validé, en s'appuyant surtout sur la possession d'état, les mariages contractés pendant l'expédition d'Égypte par des généraux français avec des femmes du pays, bien que l'on n'en rapportât aucune preuve écrite. (Voy. Rej., 8 juin et 7 septembre 1809; Paris, 9 août 1813.) Si nos tribunaux ont refusé d'admettre un prétendu mariage qui aurait eu lieu en Pensylvanie, pays où la possession d'état est admise, c'est qu'ils n'ont point reconnu, dans l'espèce, une possession d'état suffisante (Rej., 20 décembre 1841); ils ont, au contraire, donné effet à un mariage contracté *nudo consensu* à New-York, sur un certificat d'un notaire de cette ville, constatant que la loi n'y exige pour la célébration du mariage aucune solennité particulière. (Bordeaux, 14 mars 1849.) A plus forte raison a-t-on pu admettre la preuve d'un mariage célébré en Corse devant le curé du

lieu, dans la période de 1793 à 1796, où le soulèvement de l'île avait mis obstacle à l'exécution de la loi du 20 septembre 1792. (Bastia, 24 juillet 1846.)

Mais si nous nous plaçons en dehors des termes de l'article 46, c'est-à-dire s'il existe des registres bien tenus, sans altération apparente, il n'est pas possible d'admettre ici l'enquête, comme nous l'avons fait pour les naissances et les décès. « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les « effets civils du mariage », dit l'art. 194 du Code, « s'il ne « représente un acte de célébration inscrit sur le registre de « l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 46. » Cet article 194 a évidemment pour but d'exclure la preuve testimoniale, toutes les fois qu'on ne peut établir la perte ou la non-existence des registres. Cette décision est en harmonie avec ce qui est décidé par la loi en matière de conventions ordinaires. Il y avait un registre régulier, les parties devaient veiller à ce que leur union y fût constatée; tandis que, pour les naissances et les décès, les personnes qui ont intérêt à les prouver ne sont pas, la plupart du temps, les mêmes qui étaient chargées de faire la déclaration[1]. Et qu'on ne croie pas que nous soyons ici en contradiction avec ce que nous avons dit tout à l'heure, que l'écriture n'est pas de l'essence du mariage. Il est vrai que la prononciation solennelle a pu avoir lieu, et le mariage être contracté par cela même; c'est ainsi que, si l'on a traité sans écrit pour une valeur au-dessus de cent cinquante francs, il y a eu contrat. Mais, dans l'un et l'autre cas, les témoins ne peuvent être entendus; *non jus deficit, sed probatio.* Il est même

[1] Aussi ne voyons-nous rien de contraire à notre doctrine dans un arrêt de rejet du 22 août 1831, qui admet les descendants à prouver, par une suite de pièces concordantes, le mariage des personnes dont ils se disent issus, l'acte de mariage ne pouvant être produit. Ces descendants peuvent fort bien, eux, ignorer le lieu de la célébration, et les pièces produites équivalent alors, en leur faveur, à la possession d'état dont parle l'article 197.

difficile d'admettre, avec la Cour de Bruxelles (arr. du 20 janvier 1807), que le serment puisse être déféré sur l'existence du mariage, comme il peut l'être sur celle d'une convention excédant le taux légal. Nous serons également plus rigoureux que l'ancienne jurisprudence (N° 196), en n'attribuant aucun effet au commencement de preuve par écrit, afin d'autoriser la preuve testimoniale de la célébration : ce que la Cour de cassation semble pourtant admettre, même sous l'empire du Code. (Rej., 22 décembre 1819.) Rien de pareil ici à ce qui est établi en matière conventionnelle par l'article 1347 du Code, et en matière de filiation par l'article 324 : articles qui ont soin de définir les caractères du commencement de preuve par écrit, lesquels varient suivant l'objet de la preuve. L'esprit de la loi est d'exclure totalement les témoins, s'il n'y a pas eu impossibilité, au moins morale, de faire dresser acte.

200. Une dernière question que nous traiterons maintenant, bien qu'elle se rattache plutôt à la forme de l'acte, pour ne pas scinder ce qui concerne le mariage, c'est celle de savoir si une feuille volante, signée par les parties et par l'officier public, ne peut jamais faire foi auprès des tribunaux. La négative, qui est assez généralement adoptée, se fonde sur les termes mêmes de l'article 194 : S'il ne représente un acte de célébration *inscrit sur le registre de l'état civil.* En comparant, dit-on, cet article à la déclaration de 1736, article 9[1], qui prononçait en pareil cas la perte de tous les

[1] On cite quelquefois, dans le sens de la nullité, un arrêt du parlement de Paris du 8 juin 1734. Il est vrai que, dans l'espèce, l'acte n'était inscrit que sur une feuille volante. Mais, en lisant le quarante-neuvième plaidoyer de Cochin, dont le client obtint gain de cause dans cette affaire, il est facile de reconnaître que la question de forme n'était qu'un incident du procès, où il y avait deux moyens de fond très-importants : le défaut de présence du propre curé, et la circonstance que le mariage avait été tenu secret, contrairement aux ordonnances. D'ailleurs l'acte présentait de graves irrégularités, qui le rendaient suspect.

avantages portés au contrat de mariage, et même, s'il y avait lieu, la privation des effets civils, on doit reconnaître que le législateur n'a fait que rendre plus sévère une sanction déjà existante contre une infraction si dangereuse pour la sécurité des familles. Mais est-il constant que toute la force de l'article 194 porte sur ces mots : *inscrit sur le registre de l'état civil?* L'intention de la loi n'aurait-elle pas été seulement de proscrire la preuve testimoniale, en exigeant un acte qui régulièrement devait être inscrit sur le registre? Pas un mot dans la discussion au Conseil d'État sur cet article n'a trait à la question des feuilles volantes, ni à la déclaration de 1736. Et si nous lisons l'exposé des motifs de Portalis, voici ce que nous y trouvons sur ce point : « On admettait les mariages présumés avant l'ordonnance de « Blois. Cet abus a disparu : il faut un titre écrit, attesté « par des témoins et par l'officier public que la loi désigne. « La preuve testimoniale et les autres manières de preuves « ne sont reçues que dans les cas prévus par la loi sur les « actes de l'état civil et aux conditions prescrites par cette « loi. Aucune possession ne saurait dispenser de représenter « le titre. » Évidemment la pensée du législateur se reporte aux genres de preuves autres que la preuve écrite, et non pas à telle ou telle forme d'écrit. Aujourd'hui que l'on est d'accord pour considérer comme défavorables les demandes en nullité de mariage pour défaut de forme, et que l'on se contente, pour valider la célébration, d'une publicité moralement suffisante, n'y aurait-il pas quelque inconséquence à repousser absolument la preuve du mariage, parce que l'acte invoqué ne faisait pas partie d'un registre? Ne conviendrait-il pas en ce cas, comme pour les formes de mariage, et ici la preuve se rattache intimement à la forme, de laisser un pouvoir discrétionnaire au tribunal? Ce pouvoir est de nature à nous rassurer contre le danger de collu-

sion, d'antidate concertée, que l'on invoque dans l'opinion opposée. C'est là, après tout, la conséquence du principe qui n'admet point de formes rigoureusement exigées dans les actes de l'état civil, principe dont la Cour de Douai (dans un arrêt contre lequel le pourvoi a été rejeté le 10 février 1851) a fait une application remarquable, en donnant autorité à un acte de mariage non signé par l'officier public. Telle paraît avoir été la pensée des rédacteurs du Code pénal, qui ne punissent que d'un emprisonnement d'un mois à trois mois et d'une amende de seize francs à deux cents francs, l'inscription sur de simples feuilles volantes; tandis que le fait seul de ne s'être pas assuré du consentement des parents, lors même que les parents auraient effectivement consenti, est puni d'un emprisonnement de six mois à un an, et d'une amende de seize francs à trois cents francs. (C. pén., art. 192 et 193.) Comment concevoir cette disparité des peines, si, dans le premier cas, la nullité devait être aveuglément prononcée? Il y a du reste un précédent en notre sens dans un arrêt de la Cour de Metz du 19 août 1824, qui admet la reconnaissance d'un enfant naturel inscrit sur une feuille volante.

Ce qu'il nous semble du moins raisonnable de reconnaître, c'est que l'acte inscrit sur une feuille volante n'est point destitué de tout effet. Il peut, dans tous les cas, servir de preuve de mariage s'il est corroboré par la possession d'état. (Code civ., art. 196.) C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation (Rej., 26 juillet 1865), même pour un acte non signé du célébrant ou des témoins.

201. En résumé, le mariage ne peut jamais être établi indirectement par la possession d'état, sauf une exception en faveur des enfants. On peut le prouver directement par témoins, au cas de perte ou de non-existence des registres, mais non au cas où il existerait des registres régulièrement

tenus. Alors c'est aux registres qu'il faut recourir ; mais il ne serait pas interdit au juge d'ajouter foi à une feuille détachée, qui serait revêtue de toutes les formalités requises.

202. Des principes analogues à ceux de la loi française ont été généralement adoptés sur la preuve du mariage par les diverses législations modernes. L'Angleterre est le pays où les anciennes coutumes en cette matière ont laissé les plus fortes traces. On y admet encore la preuve du mariage par commune renommée, bien que, en vertu de statuts récents (voy. n° 189), des registres réguliers y soient tenus pour les dissidents, indépendamment des registres paroissiaux[1]. Toutefois on fait une distinction bizarre. Quand des droits personnels se rattachent au mariage, il suffit de la possession d'état pour pouvoir les réclamer, sauf les poursuites pour l'adultère ou pour la polygamie, qui exigent la constatation directe de l'état d'époux. Si, au contraire, il est question de droits réels, il faut donner des preuves directes de mariage suffisantes pour convaincre un jury. (Voy. Blaxland, *Codex rerum Anglicanarum*, p. 274.)

§ 3. FILIATION.

SOMMAIRE. — 203. En quel sens la preuve testimoniale n'est point admissible pour la filiation. — 204. Distinction de la filiation légitime et de la filiation naturelle.

203. Si l'on ne consultait ici que le droit commun, on devrait accorder la plus grande latitude à l'enfant qui demande

[1] Le projet de mariage est inscrit sur le registre tenu par le greffier du district. (N° 189.) Ce registre est ouvert au public, et le mariage ne peut être célébré ni par le greffier, ni par un ministre du culte, qu'autant qu'il s'est écoulé vingt et un jours sans opposition. Le même délai de vingt et un jours, éludé, dit-on, dans la pratique (M. Carlier, *Mariage aux États-Unis*, p. 43), a été prescrit par un bill du 31 décembre 1856, pour les mariages contractés à Gretna-Green. Il existe une plus grande facilité dans les États-Unis d'Amérique, puisqu'on assure que, dans l'État du Maine, un conducteur de chemin de fer a contracté mariage pendant la marche d'un convoi, entre deux stations, sans aucune formalité préalable. (M. Carlier, *ibid.*, p. 72.)

à faire preuve de son origine, puisqu'il ne s'agit pas d'une convention, dont il eût dû dresser acte, mais d'un fait qu'il lui était évidemment impossible de faire constater. Mais la crainte qu'on n'usurpe trop facilement un état à l'aide de témoignages que la nature occulte des faits permettrait difficilement de contrôler, a fait sacrifier l'intérêt de quelques enfants qui se trouveraient dépourvus des conditions requises pour la preuve, à celui de la société, dont la base repose sur l'intégrité de la famille. D'une autre part, le danger de la preuve testimoniale ne pouvait être allégué en matière de possession d'état, cette possession, comme la possession proprement dite, se composant d'éléments publics dont la vérification ne prête guère à la fraude. Aussi avons-nous vu que, si elle est repoussée en matière de mariage, c'est seulement à cause du caractère équivoque que présente la cohabitation maritale entre deux personnes, en la supposant constante. Ici rien de semblable. Il est extrêmement improbable qu'on nourrisse et qu'on élève comme sien un enfant étranger. En conséquence, on a reconnu de tout temps que la possession d'état suffit pour prouver la filiation, sans qu'il soit besoin d'aucun adminicule. (Toulouse, 4 juin 1842.) Il n'y a de restriction à la preuve testimoniale qu'en tant qu'elle porterait directement sur le fait de la maternité ou de la paternité : constatation trop délicate pour qu'on puisse, dans une législation où l'on se défie des témoins, y procéder uniquement à l'aide de dépositions orales. Aussi est-il à remarquer que dans le langage du Code (art. 323), et nous tirerons parti de cette observation, on n'appelle *preuve par témoins* que la constatation directe de la filiation au moyen de la preuve testimoniale.

204. La filiation invoquée peut être légitime ou naturelle. La parenté légitime n'ayant rien que d'honorable pour les

personnes auxquelles on l'attribue, la recherche en est bien plus facilement admise que celle de la parenté naturelle. Cette distinction, qui domine la matière, ne repose pas du reste uniquement sur des considérations de moralité et de décence; le soin même que l'on prend d'ordinaire pour dissimuler l'existence d'un enfant naturel, laisse planer sur l'origine de celui qui réclame une filiation de cette nature, des doutes qui semblent ne pouvoir se dissiper qu'au moyen de renseignements non suspects.

1° Filiation légitime.

SOMMAIRE. — 205. Preuve par la possession d'état. — 206. Concours du titre et de la possession. — 207. Nécessité de la preuve préalable du mariage. — 208. *Quid*, s'il n'y a possession que vis-à-vis de l'un des époux? — 209. A quelles conditions est soumise la preuve directe par témoins. — 210. Cas de perte des registres. — 211. Désaveu du mari au cas où la maternité n'est établie que par témoins. — 211 *bis*. La preuve par présomptions est-elle admissible?

205. La possession d'état suffit, d'après les motifs que nous venons de donner, pour établir cette filiation. (C. civ., art. 320.) La loi indique (*ibid.*, art. 321) les principaux éléments qui constituent cette possession, et qui peuvent se ranger sous les trois chefs signalés par nos anciens auteurs: *Nomen, tractatus, fama.* Mais la réunion de ces diverses circonstances n'est pas requise, et tout se réduit pour les tribunaux à une question d'appréciation : est-il ou non constant que le réclamant était considéré comme le fils des parents qu'il s'attribue? Et la solution de cette question, quelle qu'elle soit, ne saurait donner prise à la censure de la Cour de cassation (Rej., 23 juin 1869.) La possession d'état suffit *à défaut de titre* (même art. 320), en ce sens que l'acte de naissance est le mode ordinaire de preuve de la filiation. Mais il n'est pas nécessaire de supposer ici la perte ou la non-existence de registres, pour que la preuve testimoniale soit admissible, aux termes de l'article 46 [1]. (Rej., 2 février

[1] La première rédaction de l'article 320 portait : « Si les registres sont

1870.) Lors même qu'il existe des registres sans altération, la possession d'état a assez de force pour qu'il n'y ait pas lieu de se préoccuper de l'omission, qui est censée alors provenir d'une simple négligence. Toutefois, lorsqu'il n'y a pas de titre conforme à la possession d'état, on est admis à démontrer, s'il y a lieu, que cette possession n'est que la suite de l'erreur et de la fraude.

206. Il en est autrement s'il y a en même temps titre de naissance et possession conforme à ce titre. (*Ibid.*, art. 322.) Quand ces deux modes de preuve se prêtent ainsi un mutuel appui, l'état de l'enfant ne peut être contesté, ni par les tiers, ni par l'enfant lui-même. Cette solution, réclamée par l'intérêt de la stabilité des familles, avait été admise par l'ancienne jurisprudence, au commencement du dix-huitième siècle. (Voy. le cent deuxième plaidoyer de Cochin, dont les conclusions furent admises par l'arrêt du 9 avril 1737.) Malheureusement, comme ce n'était là qu'un pur point de doctrine, qu'aucun texte ne consacrait, la faveur des personnes y faisait quelquefois déroger d'une manière scandaleuse. On a souvent cité la rectification obtenue par Marie-Aurore, de l'acte de naissance, soutenu par la possession, qui la constituait fille légitime de parents obscurs, afin de se faire déclarer fille adultérine du maréchal de Saxe : condition imposée à un brillant mariage, qui fut en effet réalisé. La source de pareils abus est tarie par l'article 322. Ce n'est point d'ailleurs que cette disposition soit nécessaire aujourd'hui pour des espèces semblables à celle de Marie-Aurore; le principe qui défend de rechercher ou de reconnaître une filiation adultérine, couperait court à de

perdus, ou s'il n'en a pas été tenu, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. » C'est en connaissance de cause que le Conseil d'Etat a généralisé la disposition de la loi, en admettant la preuve de cette possession *à défaut de titre*.

pareilles prétentions. Si l'article est utile, c'est pour empêcher de réclamer même un état dont la preuve serait licite, tel que celui d'enfant naturel simple, ou d'enfant légitime d'autres parents, quand le titre et la possession d'état du réclamant sont également contraires à sa prétention[1].

Mais pour que le concours du titre et de la possession produise cet effet important, il faut que l'identité de la personne à l'égard de laquelle se réunissent ces deux circonstances soit bien avérée. S'il y a eu une substitution d'enfant après l'inscription sur les registres de l'état civil, par exemple, durant le séjour chez une nourrice, le concours de la possession et du titre n'est plus qu'apparent, car la possession d'état qu'on invoquerait en faveur de l'enfant substitué ne serait qu'une erreur; elle ne se rapporterait pas à l'enfant inscrit sur le registre. Il en serait autrement s'il n'était pas possible d'isoler la possession du titre, si on n'alléguait qu'une substitution antérieure à la confection de l'acte de naissance[2]. S'écarter en ce cas de la règle tutélaire posée par l'article 322, ce serait, pour venir au secours de quelques positions exceptionnelles, ouvrir la porte à de dangereuses réclamations. (Bordeaux, 4 août 1857; Poitiers, 1er décembre 1869.)

207. Enfin, qu'il y ait possession d'état seulement, ou bien concours de la possession et du titre, il ne faut pas perdre de vue que la preuve de la filiation ne mène à celle de la légitimité qu'autant qu'il y a mariage entre les parents désignés. La filiation une fois constante, il restera encore

[1] Le concours du titre et de la possession d'état n'empêcherait point de contester le droit à un nom patronymique, propriété d'une nature toute spéciale, qu'il ne faut point confondre avec la filiation. (Martinique, 11 février 1836.)

[2] Le Code civil italien (art. 174) admet la preuve de la substitution, alors même qu'il y aurait un acte de naissance conforme à la possession d'état.

deux points à établir : 1° la célébration d'un mariage entre le père et la mère; 2° la validité de ce mariage. C'est aux enfants à prouver le fait de la célébration. Si nous supposons vivants et capables de s'exprimer les deux parents, ou au moins l'un des deux, les enfants seront obligés, comme toute autre partie intéressée, de faire la preuve directe par écrit, et dans les cas où la loi le permet, par témoins. S'il n'existe pas de parents en état de pouvoir indiquer le lieu de la célébration, nous avons vu (n° 198) que les enfants sont admis à fonder leur légitimité sur la possession d'état de leurs père et mère, comme mari et femme, combinée avec leur propre possession (C. civ., art. 197). Quant au second point, la validité du mariage, ce n'est pas à eux à le démontrer, car tout mariage régulièrement contracté est réputé valable; mais il est clair, ainsi que nous l'avons reconnu (n° 198), que leurs adversaires ont toujours la faculté de l'attaquer comme nul au fond, sans qu'on puisse voir là le moins du monde une atteinte portée à la foi qui s'attache à la possession d'état. Tout ce que doit faire présumer cette possession, c'est qu'une union a été contractée. Mais pouvait-elle l'être? C'est là une question d'un tout autre ordre, sur laquelle le fait postérieur de la possession ne saurait nous fournir aucune lumière. C'est donc bien à tort que Denizart cite, comme ayant méconnu la juste faveur de la possession d'état, un arrêt du parlement de Paris, du 12 juillet 1713, qui a refusé de reconnaître comme légitime, bien qu'il eût titre et possession conforme, le fils né du second mariage d'une femme qui n'avait pas justifié du décès de son premier mari. Le parlement a pu être trop rigoureux en présumant la bigamie; mais il a eu parfaitement raison de ne se préoccuper ni de la possession ni du titre, qui prouvaient l'existence, mais nullement la validité du second mariage. En sens inverse, un arrêt de Montpellier du 2 mars 1832 a

écarté avec raison l'action tendant à remettre en question l'existence d'un mariage, lorsqu'il y avait, outre le titre de naissance, possession d'état, tant des parents que des enfants; seulement l'arrêt a eu tort de viser l'article 322, et non l'article 197.

208. Les faits qui constituent la possession d'état d'enfant légitime doivent régulièrement émaner des deux époux. Habituellement ce sera le mari qui dirigera l'éducation de l'enfant, et c'est ce qui explique pourquoi l'article 321 mentionne spécialement *le père*, bien qu'il convienne de prendre également en considération les faits relatifs à la mère. Que faut-il décider lorsque les époux ont vécu séparément et que la possession existe seulement vis-à-vis de l'un d'eux? D'abord, toutes les fois que les faits présenteront quelque équivoque, on devra y voir facilement la possession d'état d'enfant naturel plutôt que celle d'enfant légitime. Que si c'est bien cette dernière qualité qui ressort des circonstances de la cause, il faut examiner vis-à-vis de quel conjoint la possession se trouve constatée. Si c'est vis-à-vis du mari, nous dirons sans hésiter avec Merlin (*Répert.*, v° LÉGITIMITÉ, sect. 2, § 4, n° 3), que la position de l'enfant est éminemment favorable. Par cela seul que le mari l'a constamment traité comme son enfant légitime, sa naissance en légitime mariage, et par conséquent sa filiation vis-à-vis de la femme, sont éminemment vraisemblables. Sans doute le texte d'Ulpien (L. 1, § 12, D., *De agnosc. lib.*) : « Grande « præjudicium adfert pro filio confessio patris », a peu d'autorité dans notre droit, puisqu'à Rome il n'y avait pas d'enfants légitimes vis-à-vis de la mère, ce qui faisait que son suffrage avait moins de gravité. Mais les anciens arrêts cités par Merlin (*loc. cit.*) prouvent que la jurisprudence française a toujours attaché une extrême importance à la possession d'état vis-à-vis du mari. Il y a plus de doute dans l'hypothèse

inverse, la femme pouvant être plus facilement portée à traiter comme enfant légitime le fruit d'un commerce illicite, tandis que le mari commettrait le crime de supposition de part (C. pén., art. 345) en attribuant ainsi un enfant à sa femme. Mais, a-t-on objecté, c'est une supposition tout à fait gratuite que l'existence d'une possession d'état vis-à-vis de la mère seule; la possession d'état est indivisible, elle ne saurait exister vis-à-vis de l'un des parents seulement. (Comp. Paris, 25 mai 1852.) Il n'est pas impossible cependant qu'une femme séparée de fait de son mari traite un enfant comme légitime, et tel était le caractère de l'espèce qui a donné lieu à un arrêt de rejet du 25 août 1812. Dans une autre espèce, jugée par la Cour de Toulouse le 4 juin 1842, il a été constaté que la possession existait même vis-à-vis du mari; mais l'arrêt ajoute que, quand même cette circonstance n'existerait point, les *principes de droit protégent le réclamant:* d'où l'on peut conclure que, vis-à-vis de la mère, si elle était seule en cause, les faits de la possession d'état, bien que se rattachant à elle seule, prouveraient la légitimité. En partant de ce point, fort controversé lui-même, et que paraît contredire l'arrêt du 23 août 1812, nous avions pensé, dans notre première édition, qu'une pareille possession d'état n'a point d'effet vis-à-vis du père. Mais nous avons reconnu dès notre deuxième édition, et nous sommes encore plus convaincu aujourd'hui, que la preuve testimoniale de la maternité, faite par celui qui n'a ni titre ni possession, suffisant, nous le verrons, pour établir la paternité jusqu'à désaveu, il est impossible de refuser le même effet à la preuve de la maternité résultant de la possession d'état. Après tout, le jugement qui constate ainsi la possession de la légitimité vis-à-vis de la mère, a bien plus de force qu'un simple aveu, puisqu'il doit être rendu en connaissance de cause et contradictoirement avec la famille paternelle. Mais,

par cela seul que la possession d'état justifiée vis-à-vis de la mère seule a de pareilles conséquences, les tribunaux, on doit l'avouer, ne l'admettront que bien difficilement.

209. S'il n'y a ni titre ni possession, il n'y a plus d'autre ressource que la preuve testimoniale directe de la filiation. Cette preuve ne portant plus sur des faits publics, comme celle de la possession d'état, notre ancienne jurisprudence a refusé de l'admettre, lorsqu'elle est dépourvue de tout adminicule. Un des monuments les plus remarquables qui consacrent cette doctrine, c'est un arrêt du parlement de Paris de 1657, qui, après avoir rejeté la demande à fin d'enquête d'un certain Georges de la Croix, dont la prétention ne reposait sur aucune base, le condamne « à « comparoir en personne, dans la chambre, en présence du « sieur de la Porte, et de six personnes telles qu'il voudra « choisir, où il déclarera que témérairement et sans preuve, « il s'est dit fils du sieur de la Porte, dont il s'en repent, et « en demande pardon à Dieu, au roi et à la justice, et pareil- « lement au sieur de la Porte. » Mais si, dès le dix-septième siècle, on a repoussé la preuve testimoniale nue en matière de filiation, les idées ne se sont pas arrêtées aussi tôt sur les conditions nécessaires pour autoriser l'audition des témoins. Quelques-uns, se préoccupant de ce qui est établi en matière conventionnelle, exigeaient un commencement de preuve par écrit. Cette opinion était même reproduite dans le projet de Code civil. Mais il serait trop rigoureux de subordonner à la représentation préalable d'un écrit la justification de la filiation légitime. Aussi a-t-on pris un parti mitoyen entre l'ordonnance de Moulins, qui exige un écrit pour les conventions, et le droit commun, qui permet sans condition la preuve des faits. Ce système, nettement exposé, dès 1691, dans le second plaidoyer de d'Aguesseau, qui a contribué à y rallier les suffrages, consiste à exiger qu'il y ait au moins

des indices graves pour motiver le jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête. C'est aussi à ce système que s'est arrêté le conseil d'État, sur les observations du Tribunat. « A défaut de titre et de possession constante », dit l'article 323 du Code, « ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de « faux noms[1], soit comme né de père et de mère inconnus, « la preuve de filiation peut se faire par témoins. Néanmoins « cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a com- « mencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomp- « tions ou indices résultant de faits dès lors constants sont « assez graves pour déterminer l'admission. »

En parlant de faits *dès lors constants*, le Code suppose une notoriété, une sorte de possession d'état incomplète; faut-il conclure de là que l'on ne puisse, sans tomber dans un cercle vicieux, établir ces faits au moyen de la preuve testimoniale? Mais ce qui est notoire dans telle ou telle localité, peut fort bien ne point l'être pour le juge. Comment s'éclairera-t-il, s'il n'entend point de témoins afin d'établir cette notoriété?

Par cela seul que le Code civil se contentait, avec le dernier état de la jurisprudence, de présomptions graves dans l'intérêt du réclamant, il était conduit à maintenir ici le caractère large du commencement de preuve par écrit, admis jadis et repoussé aujourd'hui en matière conventionnelle (*Ibid.*, art. 1347), suivant lequel l'écrit pouvait émaner même d'une personne non intéressée dans la contestation (n° 165). En effet, puisqu'ici des indices matériels, bien que

[1] Si on supposait que les déclarations reçues par l'officier civil font foi jusqu'à inscription de faux, l'enfant inscrit sous de faux noms serait obligé de suivre préalablement la procédure de faux pour faire tomber l'acte de naissance. (Rej., 28 mai 1809.) Si, au contraire, comme nous l'établirons (nos 528 et suiv.), ces déclarations ne font foi que jusqu'à preuve contraire, la demande est recevable *de plano*, pourvu que l'enfant satisfasse aux conditions de l'article 323. (Rej., 12 juin 1823.)

n'émanant pas de l'adversaire, peuvent servir de base à l'enquête, il eût été inconséquent d'être plus sévère pour les documents écrits. « Le commencement de preuve par « écrit », dit l'article 324, « résulte des titres de famille, des « registres et papiers domestiques du père ou de la mère, « des actes publics et même privés, émanés d'une partie « engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt, si « elle était vivante. » Ainsi, celui qui réclame son état vis-à-vis d'une personne dont il se dit le frère, pourra lui opposer des écrits émanés non-seulement des père et mère, qui sont les légitimes contradicteurs, mais même d'un frère, qui n'est nullement l'auteur de la partie défenderesse. Il n'y a qu'une seule limitation, c'est qu'on ne tient aucun compte des déclarations de tiers sans intérêt [1].

Puisque le Code se montre ici plus large qu'en matière de conventions relativement à l'origine de l'écrit, on ne doit pas supposer qu'il ait été plus rigoureux en ce qui touche le caractère de l'écrit invoqué. C'est donc mal à propos que des doutes ont été soulevés quant à l'admissibilité des lettres, à cause de l'expression *actes publics, ou même privés*, qu'emploie l'article 324. Le mot *acte* est également employé en matière de conventions par l'article 1347, et cependant on n'a jamais douté qu'il ne soit permis, de droit commun, de puiser dans une lettre un commencement de preuve. (Pothier, *Oblig.*, n° 803.) Pourquoi en serait-il autrement lorsqu'il s'agit de ces relations de famille sur lesquelles la correspondance peut jeter tant de lumière? (Caen, 5 juillet 1843.) Nous aurons cependant quelques réserves à faire

[1] Malgré une décision contraire rendue par la Cour d'Angers, le 4 décembre 1822, nous pensons que la simple dénégation de l'écriture d'un acte privé ne saurait suffire pour le faire écarter à titre de commencement de preuve; autrement, le défendeur ne manquerait jamais de méconnaître l'écriture, ce qui entraînerait une fâcheuse complication.

(n° 694) sur l'emploi en justice de lettres confidentielles contre la volonté de l'auteur.

210. Admettra-t-on les témoins à venir déposer de la filiation, ainsi que l'article 46 le décide pour les naissances, mariages et décès, au cas de perte des registres, sans que le réclamant allègue en sa faveur aucune autre circonstance que cette perte? Il semble que l'indice grave doit conduire à une probabilité, et non pas à une simple possibilité. Or, l'indice qui résulte de la perte est un indice purement négatif. L'enfant peut avoir été inscrit sur les feuillets détruits; mais l'a-t-il été? Rien n'autorise à l'affirmer. Aussi un arrêt de rejet du 12 décembre 1827 a-t-il eu raison de ne point considérer le juge comme obligé à admettre la preuve par témoins, par le seul fait de la perte des registres. L'article 46 n'établit qu'une simple faculté, et il faut appliquer ici ce que nous avons dit pour la possession d'état (n° 205); tout se réduit à une question d'appréciation. Même décision au cas où il n'aurait point été tenu de registres. (Rej., 8 août 1864.)

Mais, en sens inverse, l'existence de registres réguliers indiquant une autre filiation ne ferait point obstacle à l'administration de la preuve testimoniale, dans le cas où elle est admissible. Le titre sans la possession ne peut pas plus que la possession sans le titre constituer une preuve inébranlable.

211. Nous avons pensé que la possession d'état vis-à-vis de la mère seule, si elle est dûment établie, fait présumer la paternité. Nous examinerons, en traitant de la preuve littérale, les graves difficultés qui s'élèvent au cas où l'acte de naissance ne mentionne que la mère. Lorsqu'il n'y a ni titre ni possession, ce sera également la maternité seule qui résultera de l'enquête, la paternité, bien que légitime,

n'étant pas susceptible de preuve directe[1]. Mais, quelque suspecte que soit la position d'un enfant qui n'a été ni inscrit ni reconnu par ses parents, on ne doit pas supposer que les tribunaux le déclarent légèrement fils légitime de la mère qu'il réclame. Si donc la maternité est légalement constatée, ce sera un fait acquis dans son intérêt, et il pourra se placer avec confiance sous l'égide de la présomption qui attribue le mari pour père à l'enfant conçu pendant le mariage. (*Ibid.*, art. 312.) La loi suppose, en effet (*Ibid.*, art. 323), que ce sera à ses adversaires de prouver qu'il n'est point né des œuvres du mari. Mais pour cela il faut supposer la maternité établie vis-à-vis de tous les intéressés. C'est ce qui ressortait de la rédaction primitive de l'article 325, qui était ainsi conçue : « La famille à laquelle le réclamant pré-« tend appartenir sera admise à combattre sa réclamation « par tous les moyens propres à prouver, non-seulement « qu'il n'est pas l'enfant du père, mais encore qu'il n'est pas « l'enfant de la mère qu'il réclame. » La famille dont il s'agit est bien la famille paternelle, qui est autorisée à repousser même la maternité; car pour la famille maternelle, il ne pouvait y avoir question. Cette faculté accordée à la famille paternelle est de toute justice, et en parfaite harmonie avec les principes sur l'autorité de la chose jugée. Le changement fait à cette rédaction par le Tribunat a eu pour but non d'en modifier la pensée, mais de l'éclaircir. « La « preuve contraire », porte l'article 325 actuel, « pourra « se faire par tous les moyens propres à établir que le récla-

[1] Il y aurait preuve, non pas du fait même de la paternité, mais de sa reconnaissance presque immédiate, si le mari, comme cela arrive souvent, avait annoncé avec empressement à la famille la grossesse de sa femme, et que l'identité du réclamant avec l'enfant dont la conception aurait été ainsi proclamée, fût bien vérifiée. On devrait alors généralement considérer la paternité comme établie d'une manière positive.

« mant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou « même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du « mari de la mère. » Nul doute qu'on n'ait entendu maintenir la règle qui veut que la maternité soit établie contradictoirement avec les deux familles. Mais toute la force de l'article porte actuellement sur l'autre point, sur la paternité. La maternité prouvée, on peut user *de tous les moyens propres à établir* que la paternité légitime n'existe pas. A-t-on donc voulu élargir le cercle dans lequel se trouve resserré d'ordinaire l'action en désaveu?

Pour soutenir la négative, on invoque, soit le texte, qui parle de *moyens propres*, et non pas de moyens exceptionnels, — soit les observations du Tribunat, où il n'est pas question de nouveaux cas de désaveu, mais seulement de l'étendue à donner à l'autorité de la chose jugée. L'autre opinion, plus généralement adoptée, s'appuie d'abord sur l'ensemble de l'article 325. Est-il naturel de croire qu'on eût parlé de tous les moyens propres à établir la non-paternité, si on n'avait voulu faire qu'un simple renvoi aux règles restrictives du chapitre précédent? Quant aux observations du Tribunat, il est vrai qu'elles n'ont point porté sur ce point. Mais que faut-il en conclure? Ces mots : *tous les moyens propres*, etc., n'appartiennent pas au Tribunat, mais à la rédaction primitive, dont il reste toujours à apprécier la portée. Enfin, en laissant de côté le texte et l'historique de l'article, voyons si, après tout, l'extension proposée a rien d'exorbitant. On peut désavouer, ou pour impossibilité physique, ou pour impossibilité morale. Il n'y a rien à ajouter quant à la première impossibilité. Quant à la seconde, la restriction de la loi (*Ibid.*, art. 313) consiste à exiger, sauf le cas de séparation de corps, aujourd'hui réglé par la loi du 6 décembre 1850, la preuve du recel de la naissance, pour que le désaveu soit admissible. Eh bien, dans l'espèce, on serait dis-

pensé de justifier de cette circonstance. Mais quoi de plus naturel? N'y a-t-il pas, dans l'absence du titre et de la possession tout à la fois, une position insolite, qui suppose presque toujours une naissance cachée? Dans le cas ordinaire de désaveu pour adultère, le recel de l'enfant établi, le mari est admis *à proposer tous les faits propres à justifier* qu'il n'en est pas le père; tels sont les termes de l'article 313. Ces expressions sont presque identiquement les mêmes que celles qu'emploie l'article 325 : *moyens propres à établir.* Cette similitude dans les textes, quand les deux positions offrent une si parfaite analogie, n'entraîne-t-elle pas invinciblement à assimiler au recel l'absence de titre et de possession d'état[1]? La jurisprudence admet en effet contre l'enfant qui n'a ni titre ni possession d'état, la faculté de prouver la non-paternité par tous les moyens possibles. (Voy. Bordeaux, 12 février 1838; Rej., 9 novembre 1809, et sur ce dernier arrêt, Merlin, *Questions de droit*, v° LÉGITIMITÉ, § 11.) On pourrait cependant objecter que cette faculté même de désaveu pour le mari semble révéler une filiation adultérine : ce qui rendrait l'enfant non recevable tout d'abord. Mais la simple faculté d'un désaveu éventuel ne saurait mettre obstacle à un droit. Pour le paralyser, il faudrait supposer que des faits déjà constants lui attribuent une paternité, que le succès de sa réclamation rendrait adultérine. (Comp. Rej., 13 février 1839, 22 janvier 1840, 22 février 1843 et 1er mai 1849.)

211 ***bis.*** En thèse générale, là où la preuve testimoniale

[1] Cette induction acquiert une singulière force, si l'on se reporte à ce qui s'est passé au conseil d'État, où l'on a interrompu la discussion du chapitre Ier du titre *De la paternité*, pour s'occuper du chapitre II, afin d'envisager le sujet dans son ensemble. C'est de cette discussion générale qu'est sorti le principe qui, en cas de fraude, réserve au mari ou à ses héritiers toutes les preuves propres à combattre la présomption de paternité. Ce principe a été exprimé par deux dispositions nouvelles, dont l'une a été ajoutée à l'article 313, et l'autre a formé seule l'article 325.

est admissible, le demandeur peut également se fonder sur des présomptions graves, précises et concordantes. (Art. 1353.) C'est ainsi que nous avons reconnu (n° 192), avec la Cour de cassation, qu'il est permis, au cas de perte ou de non-existence des registres, de prouver les naissances, mariages et décès par présomptions aussi bien que par témoins. Mais toute l'économie de la loi, quant à la preuve de la filiation légitime, montre que cette doctrine ne saurait recevoir ici son application. Le Code a fait la part des présomptions sérieuses lorsqu'il a classé, même avant la preuve testimoniale directe, les puissantes inductions qui constituent la possession d'état. Le rôle des autres présomptions, c'est de pouvoir être invoquées comme adminicules afin d'autoriser la preuve testimoniale; c'est assez dire qu'elles ne peuvent suffire pour justifier à elles seules de la filiation. Il est vrai que si l'on s'attachait à la lettre de certains arrêts de la Cour de Paris (20 avril 1859 et 2 février 1867), des présomptions graves, précises et concordantes suffiraient pour établir la filiation, même naturelle, moyennant un commencement de preuve par écrit; mais il est facile de reconnaître que les présomptions relevées par ces arrêts étaient en réalité des faits constituant la possession d'état.

2° Filiation naturelle.

SOMMAIRE. — 212. Défense de prouver la filiation incestueuse ou adultérine. — 213. Y a-t-il exception pour la possession d'état? — 214. Cas exceptionnel où cette filiation résulte de la force des choses. — 215. Qui peut rechercher la maternité naturelle. — 216. De la preuve de cette maternité par la possession d'état. — 217. Doctrine de la Cour de cassation sur ce point. — 218. L'art. 322 est-il applicable à la filiation naturelle? — 219. De qui doit émaner le commencement de preuve par écrit. — 220. Preuve complexe en matière de maternité. — 221. Cas où est admise exceptionnellement la recherche de la paternité. — 222. La possession d'état peut-elle établir la paternité naturelle? — 223. Système des législations étrangères sur la recherche de la paternité.

212. Une question préalable, dont nous avons déjà indiqué la solution dans nos notions générales, en examinant

quels sont les faits susceptibles de preuve, c'est celle de savoir si l'on est reçu à prouver toute filiation naturelle. Le Code civil (art. 335 et 342) défend d'abord, soit de rechercher, soit même de reconnaître une filiation incestueuse ou adultérine. Il est vrai que certains auteurs et certains arrêts (Voy. not. Lyon, 23 mars 1835; Paris, 14 décembre 1835, et Bourges, 4 janvier 1839) ont permis de constater une origine entachée de l'un de ces vices, soit dans l'intérêt de l'enfant, afin qu'il puisse obtenir les aliments que la loi paraît lui assurer (*Ibid.*, art. 762), soit, au contraire, contre lui, afin de réduire les dispositions faites en sa faveur. En supposant cette opinion fondée, il faudrait encore voir si la preuve testimoniale d'une pareille origine serait recevable, même avec un commencement de preuve par écrit. Il semble difficile d'aller jusque-là; on devrait alors exiger au moins, pour atténuer le scandale, une reconnaissance expresse, ainsi que le fait le Code italien (art. 193), lorsqu'il s'agit d'une réclamation d'aliments, et c'est ainsi que l'entendait l'orateur du Tribunat, qui a le premier émis cette opinion pour expliquer l'article 762. Tel est aussi le système de l'arrêt rendu par la Cour de Lyon, le 23 mars 1835. Mais nous verrons, en traitant de la preuve littérale de la filiation, que ce système, contraire au texte de la loi, est repoussé par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Nous aurons également à traiter du concours de reconnaissances, dont la combinaison rendrait la filiation incestueuse ou adultérine. La recherche peut aboutir au même résultat, si on la rapproche soit d'une reconnaissance ultérieure, soit de faits déjà constants. (N° 211.) Les mêmes principes devant régir à cet égard la reconnaissance et la recherche, nous nous bornons à renvoyer à nos développements ultérieurs sur la preuve littérale.

213. On a prétendu[1] que, la possession d'état ne donnant lieu à aucun scandale, puisqu'il s'agit de faits publics et notoires, il est permis de prouver de cette manière même une paternité incestueuse ou adultérine[2]. Nous examinerons bientôt si la paternité naturelle est susceptible d'être prouvée au moyen de la possession d'état. Mais, lors même que l'on admettrait l'affirmative sur ce point, il n'y aurait rien à en conclure en ce qui touche la paternité entachée du vice d'inceste ou d'adultère. Qu'importe, en effet, que l'on assimile la constatation de l'état par la possession à une reconnaissance plutôt qu'à une recherche de cet état, puisqu'en matière de filiation incestueuse ou adultérine le texte impératif du Code prohibe toute reconnaissance aussi bien que toute recherche? La Cour d'Angers s'est prononcée en ce sens, le 8 décembre 1824.

214. Néanmoins, puisque, tout en prohibant la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux, la loi leur accorde des aliments, il faut admettre que leur filiation peut se trouver légalement constatée. C'est ce qu'il est facile de concevoir pour la maternité adultérine. Toutes les fois que le mari obtient gain de cause, soit comme demandeur en désaveu, soit comme défendeur à une action en réclamation d'état, l'enfant se trouve nécessairement rejeté dans la classe des enfants adultérins, du moins par rapport à sa mère. Mais il y a plus de difficulté à admettre la preuve d'une paternité adultérine, et, dans tous les cas, d'une filiation incestueuse, ce que cependant la loi suppose formelle-

[1] Voyez notre polémique sur ce point avec M. Hérold, *Revue pratique*, tom. I, p. 193 et 347; tom. II, p. 145.

[2] Dans les législations qui, comme celles d'Angleterre et d'Amérique, autorisent la recherche d'une filiation de cette nature, la possession d'état est admise sans difficulté : ainsi, le fait de porter le nom de celui qui a vécu en relations illicites avec une femme mariée, emporte pour le fils de cette femme et pour sa postérité preuve de la paternité adultérine. (M. Greenleaf, tom. I, p. 136.)

ment[1]. (C. civ., art. 762, 763, 764.) En ce qui concerne cette dernière filiation, il faut supposer un mariage contracté de mauvaise foi entre parents ou alliés au degré prohibé : en étendant à ce mariage apparent la présomption de paternité, on attribue nécessairement aux enfants la qualification d'incestueux. En effet, si la loi prohibe toute recherche d'une filiation incestueuse, c'est pour éviter la révélation d'un scandale ignoré, et ce motif n'existe plus lorsque le scandale est déjà consommé par le fait de la célébration du mariage. La même décision ne peut s'appliquer qu'avec distinction, quant à la filiation adultérine, au cas d'un second mariage contracté de mauvaise foi avant la dissolution du premier, puisque, si c'est la femme qui s'est ainsi remariée du vivant de son mari, les enfants qu'elle met au monde sont censés appartenir au mari jusqu'à désaveu de sa part. Pour qu'il puisse y avoir constatation d'une filiation adultérine, il faut supposer les enfants désavoués, dans l'espèce, par le premier mari, ou bien se placer dans l'hypothèse où c'est un mari qui a contracté un second mariage du vivant de sa femme. On peut également supposer, ce qui s'est présenté dans une espèce jugée par la Cour de cassation, le 12 décembre 1854, la filiation constatée par un jugement passé en force de chose jugée, et le vice de la filiation venant à se dévoiler ensuite[2].

[1] Pour se rendre compte de cette anomalie, il faut se reporter aux dispositions du projet de Code, qui autorisaient la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux. Dans ce système, il fallait régler la situation de ces enfants, puisqu'il était permis de les reconnaître. Lorsque, sur les observations de plusieurs tribunaux d'appel, on a défendu de constater une filiation de cette nature, les articles 763 et suivants, maintenus malgré l'avis du tribunal d'appel de Lyon, se sont trouvés ne plus recevoir d'application que dans des cas exceptionnels. (Voy. notre article de la *Revue pratique*, tom. I, p. 348 et suiv.)

[2] Outre l'hypothèse du mariage déclaré nul, le Code civil italien (art. 193) donne une action alimentaire à l'enfant si la paternité ou la maternité résulte, soit indirectement d'un jugement civil ou criminel, soit d'une déclaration expresse, contenue dans un acte écrit émané du père ou de la mère.

215. Quand la filiation naturelle n'est point entachée de pareils vices, nul doute qu'elle ne puisse être volontairement reconnue. La recherche en est également admise, du moins pour ce qui concerne la maternité. Mais on se demande si cette recherche est autorisée en faveur de l'enfant seulement; ou si elle doit l'être, même contrairement à son intérêt, ou du moins dans un intérêt autre que le sien, notamment lorsqu'il s'agit de réclamer sa succession. En faveur de la première opinion, on invoque cette considération que le scandale de la recherche de la maternité ne peut être toléré qu'en faveur de l'enfant seul, et l'on fait remarquer que le texte de l'article 341 ne mentionne, en effet, que l'enfant. (Rej., 3 février 1851.) Sans méconnaître la gravité de cet argument, nous pensons qu'il faut s'en tenir au principe général, suivant lequel *la recherche de la maternité est admise;* la disposition qui mentionne ensuite l'enfant, statue *de eo quod plerumque fit.* Le projet de Code, dit-on, portait : « L'en- « fant *méconnu* par sa mère aura la faculté de prouver contre « elle sa filiation. » Mais ne peut-on pas argumenter en sens inverse du fait même que la rédaction a été changée? Il nous semble, après tout, qu'il n'y a point de scandale dans la constatation d'un fait facile à vérifier comme la maternité : ce qui serait scandaleux, ce serait que le silence de la mère permît d'éluder les incapacités établies par le législateur à l'égard des enfants naturels. (Voy. Rej., 7 avril 1830; Rouen, 19 décembre 1844; voy. aussi Grenoble, 12 décembre 1850.)

En s'attachant à cette idée que la recherche de la maternité n'a été autorisée qu'en faveur de l'enfant, on a fait un pas de plus; on a voulu y voir un droit personnel à l'enfant, et on a décidé, dans le silence de la loi sur la filiation naturelle (voy. art. 329 et 330), que les héritiers mêmes de l'enfant n'ont pas droit de rechercher la filiation maternelle

de leur auteur. (Cass., 29 juillet 1861, 10 août 1864 et 3 avril 1872.) Une pareille conclusion nous semble excessive. Admettons qu'on n'eût voulu autoriser la recherche de la maternité que dans l'intérêt de l'enfant; cette restriction aurait été introduite en sa faveur à l'encontre des tiers, mais non pour écarter l'action de ses héritiers, puisqu'ils sont appelés par le texte même du Code (art. 759) à réclamer, en cas de prédécès de l'enfant, les droits et actions qui lui appartiennent. (En ce sens, Paris, 30 avril 1859.)

216. La maternité est un fait apparent, qu'on peut constater sans trop de scandale. Aussi en a-t-on admis la preuve. On conçoit ici, comme pour la maternité légitime, deux natures de preuves testimoniales : l'une directe, établissant que telle femme est accouchée de tel enfant; l'autre indirecte, se fondant sur la possession d'état. On a toutefois contesté l'admissibilité de la possession d'état, à raison du silence de la loi, laquelle ne reproduit pas pour la filiation naturelle les dispositions qui consacrent spécialement la force de cette possession quant à la filiation légitime. Mais si l'on s'attache au motif des restrictions légales en cette matière, à la crainte du scandale, il faut reconnaître que la preuve de la possession d'état n'offre aucun inconvénient, puisqu'elle suppose le fait hautement avoué par la partie la plus intéressée à le cacher. Ne serait-il pas contradictoire de permettre de rechercher la grossesse et l'accouchement d'une femme non mariée, contre sa volonté, et de n'attribuer aucun effet aux actes volontaires les plus caractéristiques, qui manifestent la maternité aux yeux de tous?

Une objection souvent reproduite (notamment dans un arrêt de la Cour de Caen du 1er mars 1860), c'est que la possession d'état suppose, aux termes de l'article 323, un enfant reconnu comme tel par la *famille*, et que l'enfant naturel n'en a point, puisqu'il n'a aucun droit sur les biens

des parents de ses père et mère (art. 756). Mais cette objection porte à faux. Ici, comme en ce qui touche les prohibitions de mariage, il faut se placer au point de vue des relations de fait. Or, il arrive fréquemment que les parents d'une femme qui a un enfant naturel traitent cet enfant comme leur parent. C'est ainsi que, dans une espèce jugée par la Cour de Paris le 4 février 1867, les faits de possession d'état se rattachaient au frère de la mère naturelle. Or, ce frère avait tout intérêt à méconnaître une filiation qui lui enlevait la moitié de la succession de sa sœur; son aveu était donc essentiellement probant.

Si l'article 341 ne parle que de la preuve par témoins, c'est que, dans le langage de la loi (C. civ., art. 323), cette preuve s'entend spécialement (n° 203) de la vérification directe par témoins du fait générateur de la filiation. La discussion prouve, du reste, que le silence du législateur ne doit nullement être interprété comme exclusif de la possession d'état. On avait proposé une rédaction qui faisait de la possession d'état un commencement de preuve. Cette rédaction a été repoussée, non en haine de cette possession, mais parce qu'on a pensé, suivant les expressions de Portalis, si souvent citées, que c'était *la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves*. Quelle ressource auraient donc, dans le système contraire, les enfants nés de filles de la campagne qui ne savent pas écrire, et qui par conséquent n'ont jamais pu fournir le commencement de preuve exigé pour autoriser l'enquête? Il semble même qu'en matière de filiation naturelle, l'aveu tacite qui résulte de la possession d'état a plus de force encore, puisque, pour accomplir les devoirs qu'imposait la nature, il a fallu se mettre au-dessus du blâme de l'opinion, souvent plus sévère pour le scandale que pour la faute même. D'assez nombreux arrêts (notamment Limoges, 4 avril 1848; Paris, 21 juillet 1849 et 10 mai 1851, et Alger,

26 mars 1860) se sont effeivement prononcés en ce sens[1]. L'opinion contraire a en sa faveur, outre bien des arrêts de Cours d'appel dont les plus récents ont été rendus par les Cours de Rouen, le 23 juillet 1862; de Douai, 14 décembre 1864, et d'Agen, 27 novembre 1866, un arrêt de rejet du 17 février 1871 et un arrêt de cassation bien plus explicite, rendu le 3 avril 1872. Dans l'espèce du 17 février 1851, il y avait une fin de non-recevoir péremptoire : les faits de possession d'état avaient eu lieu pendant le mariage de la prétendue mère, et l'on opposait à l'enfant, en supposant même que cette possession valût reconnaissance, l'article 337 du Code civil. Mais l'arrêt de 1872, sur lequel nous devons insister, ne prête à aucune équivoque.

217. Cet arrêt accuse un mouvement rétrograde dans la jurisprudence, qui, sans considérer la possession d'état comme prouvant à elle seule la maternité, lui attribuait du moins des effets importants. Ainsi, d'après les arrêts de rejet du 7 janvier 1852 et du 26 mars 1866, conformes à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, l'indication du père peut établir la maternité, si elle se trouve corroborée par la possession d'état vis-à-vis de la mère. De même, aux termes d'un arrêt de rejet du 19 novembre 1856, la maternité déclarée dans l'acte de naissance, même par un tiers autre que le père, pouvait être tenue pour avérée, si le réclamant justifiait de son identité, notamment au moyen de

[1] Si l'on admet la preuve de la maternité par la possession d'état, cette preuve n'offrant point le même scandale que la recherche proprement dite, ne faudrait-il point, dans la doctrine même qui ne permet point de *rechercher* la maternité contre l'enfant (n° 215), autoriser les intéressés à provoquer la réduction des libéralités faites en sa faveur, s'ils invoquent contre lui une possession d'état constante ? La décision ne devrait-elle pas être la même pour la paternité, si on suivait la théorie de M. Demolombe (n° 222), qui autorise la preuve de la paternité par la possession d'état ?

la possession d'état[1], et cette doctrine a été également consacrée par les cours de Grenoble (12 décembre 1850), de Caen (24 mai 1858) et d'Alger (10 août 1864.) Nous examinerons, en traitant des actes de naissance, quelle est la foi de ces actes en tant qu'ils tendent à prouver la maternité naturelle. Nous reviendrons alors sur l'arrêt du 2 avril 1872, par lequel la chambre civile, s'écartant de tous ses précédents, a repoussé tout à la fois l'acte de naissance, comme preuve de la maternité, et la possession d'état comme confirmation suffisante des déclarations contenues dans l'acte de naissance[2].

218. Si nous supposons maintenant le concours du titre avec la possession d'état, faudra-t-il appliquer à la filiation naturelle la disposition qui déclare inattaquable la filiation légitime lorsqu'elle repose sur cette double base? (C. civ., art. 322.) Plusieurs décisions judiciaires, dont la plus récente a été rendue par la Cour d'Aix, le 30 mai 1866, se sont prononcées pour l'affirmative, mais sans la motiver. Nous ne répondrons pas seulement, avec la Cour de cassation (Cass., 12 février 1868), que l'article 322, inscrit au chapitre *Des preuves de la filiation des enfants légitimes*, ne peut pas s'appliquer à la filiation des enfants naturels, puisqu'il y a des dispositions de ce chapitre, et notamment celles qui consacrent la compétence exclusive des tribunaux civils pour les questions d'état, que l'on applique sans hésiter à la filiation naturelle. La véritable raison, c'est qu'il s'agit d'une présomption exorbitante, destinée à maintenir la possession

[1] La Cour de cassation (Rej., 13 avril 1864) semblerait être revenue sur cette foi accordée à l'acte de naissance, quand ce n'est point le père qui a indiqué la mère (voy. art. 337), restriction qui se trouve aujourd'hui en harmonie avec l'arrêt du 3 avril 1822.

[2] M. Demolombe (nouv. édit., tom. I, n° 297) s'était rallié à cette jurisprudence, aujourd'hui remise en question, bien qu'il lui répugnât de considérer l'acte de naissance comme preuve de la maternité naturelle.

de la légitimité, tandis que la possession d'état d'enfant naturel est beaucoup moins respectable. Il arrive d'ailleurs souvent, pour ce dernier état, que le concours du titre et de la possession n'est que le résultat d'une fraude, destinée à cacher la faute d'une jeune fille ou d'une femme mariée, moyennant la complaisance d'une femme qui a accepté, quelquefois par dévouement, le plus souvent par intérêt, une maternité supposée.

219. La preuve directe par témoins du fait de la maternité est admise par le texte (*Ibid.*, art. 341), mais pourvu que le réclamant ait déjà un commencement de preuve par écrit. La crainte des imputations calomnieuses, qui seraient trop facilement dirigées contre une femme honnête, n'a pas permis de voir ici, comme l'a fait le Code italien (art. 190), dans de simples indices, quelle qu'en fût la gravité, une base suffisante pour l'admission de la preuve testimoniale. (Cass., 28 mai 1810; Paris, 13 juillet 1863.) Le texte n'a pas non plus reproduit l'extension donnée au commencement de preuve par écrit (*Ibid.*, art. 342) en matière de filiation légitime. En considérant comme volontaire ce silence du législateur, nous avions cru jusqu'ici devoir nous référer au droit commun, aux termes duquel le commencement de preuve doit émaner de la partie à qui on l'oppose. (*Ibid.*, art. 1347.) Nous pensions que le législateur, préoccupé de défendre l'honneur des femmes contre des recherches scandaleuses, n'avait pas attaché plus d'importance à des notes émanées de tiers qu'à des indices qui peuvent, après tout, avoir une certaine gravité. (Bordeaux, 13 juillet 1846; Paris, 17 juillet 1858.)

De graves considérations de droit et de fait nous font aujourd'hui adopter l'opinion plus large qui a prévalu dans la jurisprudence. (Paris, 4 février 1867; Caen, 19 janvier 1867; Rej., 23 novembre 1868.) En droit, il n'est pas exact

de dire que le principe posé par l'article 1347 fût consacré, lorsqu'a été voté le titre *De la paternité et de la filiation*, puisqu'il s'est écoulé un an entre la promulgation de ce titre et celle du titre *Des contrats*, qui a déterminé pour la première fois (n° 165) le caractère restrictif du commencement de preuve par écrit. Si, comme nous le verrons (n° 566), on a écarté la disposition du projet aux termes de laquelle l'acte de naissance pouvait servir de commencement de preuve par écrit, ce n'est point par ce motif que cet acte n'émane point de la mère, c'est parce qu'on ne pouvait, sans tomber dans un cercle vicieux, invoquer cet acte pour établir l'identité. En fait, il peut très-bien arriver que des écrits rendent la filiation vraisemblable, quoique n'émanant point de la mère : c'est ainsi qu'on a invoqué avec succès devant la Cour de Paris, le 4 février 1867, des lettres du frère de la mère prédécédée (Voy. n° 212 *bis*) et du mari, qui était son légataire. Des écrits de cette nature constituent une sorte de possession d'état, et pour nous, qui attachons une grande importance à cette possession, il nous semble difficile de ne pas en tenir en compte. Cette décision nous paraît d'autant plus favorable que nous pensons, avec notre savant collègue M. Valette (*Cours de Code civil*, tom. I^er^, p. 449), que l'exigence d'un commencement de preuve par écrit pour la preuve d'un fait tel que l'identité, est déjà par elle-même bien rigoureuse.

Remarquons, au surplus, que le juge a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier s'il existe un commencement de preuve par écrit, lorsque sa décision ne touche pas au caractère légal des actes, mais au plus ou moins de valeur des inductions à en tirer. (Rej., 13 avril 1864.)

220. La preuve de la maternité suppose qu'on justifie de deux éléments : 1° du fait de l'accouchement de la prétendue mère; 2° de l'identité du réclamant avec l'enfant

dont elle est accouchée. On se demande si le commencement de preuve par écrit doit porter sur ces deux éléments à la fois, ou seulement sur l'un d'eux. « L'enfant qui réclamera « sa mère », dit l'article 341, « sera tenu de prouver qu'il est « identiquement le même que l'enfant dont elle est accou- « chée. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que « lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. » Évidemment, d'après la construction grammaticale de la phrase, le commencement de preuve doit porter au moins sur l'identité. On n'admettra donc pas, pour la maternité naturelle, ce qu'on admet assez volontiers pour la maternité légitime (Voy. le cent-septième plaidoyer de Cochin), que, l'accouchement une fois prouvé, l'identité peut être établie par témoins. Il faut que le commencement de preuve par écrit tende à justifier de l'identité; car il serait scandaleux dans notre droit que vous fussiez autorisé à prouver, même par écrit, qu'une femme non mariée a eu un enfant, quand vous ne pouvez produire que des dépositions de témoins à l'appui de l'allégation que vous êtes vous-même cet enfant. Le législateur, auquel répugne la constatation d'un fait déshonorant, ne la souffre qu'autant que le réclamant établit préalablement son intérêt à cette constatation. (Cass., 28 mai 1810.)

D'un autre côté, il ne suffit pas que le commencement de preuve porte sur l'identité, s'il ne porte en même temps sur l'accouchement. Mais cette nécessité tient à la nature des choses. Pour que l'écrit rende vraisemblable l'identité, il faut qu'il en résulte un rapprochement entre celui qui réclame et l'enfant dont la défenderesse est accouchée à telle époque : ce qui suppose la réalité de l'accouchement. Ce serait cependant tomber dans l'excès contraire, que d'aller jusqu'à exiger avec Toullier que le fait de l'accouchement soit, au préalable, entièrement justifié par écrit.

Cette opinion a été repoussée, avec raison, par un arrêt de rejet du 3 juillet 1850, fondé sur ce qu'il résulte « de la loi « sainement interprétée, que la preuve que doit faire celui « qui recherche la maternité est une preuve complexe, qui « doit porter tout à la fois sur le fait de l'accouchement et « sur l'identité; qu'en effet, la preuve de l'accouchement ne « renferme pas celle de l'identité, mais que la preuve de « l'identité emporte nécessairement avec elle la condition de « faire la preuve de l'accouchement, et que, la loi n'admet- « tant qu'un seul mode de preuve, il s'applique forcément « aussi bien au fait de l'accouchement qu'à celui de l'iden- « tité. » Nous verrons, au surplus, en traitant du serment décisoire, qu'on ne saurait suppléer au défaut de commencement de preuve, en déférant le serment à la prétendue mère.

221. Quant à la recherche de la paternité, elle est généralement interdite; le projet de Code n'établissait même aucune exception, et se bornait à donner une action en dommages et intérêts à la mère, au cas de rapt ou de viol. On reconnut au Conseil d'État qu'il y avait contradiction à autoriser une action en indemnité et à rejeter la recherche de la paternité d'une manière absolue. La rédaction définitive de l'article 340 autorise en conséquence les tribunaux à déclarer le ravisseur père de l'enfant, quand l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception. L'enlèvement, au point de vue de la loi civile, n'est pas seulement celui qui est commis envers une mineure, et puni dans les cas prévus par les articles 354 et 355 du Code pénal; c'est l'*enlèvement* dans le sens grammatical du mot, indépendamment de toute action pénale (Paris, 28 juillet 1821), et par conséquent susceptible de s'appliquer même à une majeure. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à la loi pénale en vigueur lors de la rédaction du Code civil, loi qui ne punissait que l'enlèvement d'une femme âgée de moins de quatorze ans

(C. pénal de 1791, part. II, tit. II, sect. 1, art. 31). Évidemment ce n'est pas d'un crime commis dans des circonstances où la maternité est presque impossible, qu'a pu se préoccuper la loi, en permettant la recherche de la paternité.

Le viol doit-il être assimilé à l'enlèvement? A l'appui de la négative, on se fonde d'abord sur les doutes qui ont été soulevés relativement à la possibilité de la conception, lorsque l'union n'a été effectuée que par violence. On ajoute que le silence du législateur sur ce point est volontaire, puisque l'énonciation du viol, qui se trouvait dans le projet du Code, a été écartée dans la séance du Conseil d'État du 13 brumaire an XI, à la suite d'une conférence avec le Tribunat, lequel était défavorable à la recherche de la paternité. Nous trouvons plus rationnel de considérer le viol comme un rapt momentané, d'autant plus caractérisé qu'il suppose le plus souvent l'innocence complète de la victime. Le fait de conception en pareille hypothèse, bien que rare, n'est nullement impossible. « De ce qu'une femme devient enceinte », dit M. Devergie (*Médecine légale*, chap. des *Attentats à la pudeur*), « ce n'est pas une raison de croire qu'elle ait consenti à la tentative de viol, puisqu'il ne dépend pas de sa « volonté de concevoir, et que la conception peut s'opérer « pendant l'ivresse la plus complète, le narcotisme, la syncope, un accès d'hystérie avec perte de connaissance. » Pour repousser une solution aussi équitable, il faudrait autre chose que la suppression d'un mot, laquelle, à la suite de divers remaniements du texte, a pu être purement accidentelle. Le Code civil italien (art. 189) ajoute formellement la circonstance du viol à celle de l'enlèvement.

La preuve soit de l'enlèvement, soit des faits propres à établir que la ravisseur est le père de l'enfant, pourra évidemment se faire par témoins. La date de la naissance, qu'il faut connaître pour fixer l'époque présumée de la con-

ception, s'établira ordinairement par les actes de l'état civil. Mais nous avons vu qu'on peut toujours suppléer par la preuve testimoniale au silence de ces actes; et on le pourra d'autant mieux ici, que ce silence s'explique par le désir de ne rien laisser transpirer qui compromette l'honneur de la mère.

Il serait superflu d'ajouter, si quelques-uns ne l'avaient nié, que la défense de rechercher la paternité incestueuse ou adultérine s'applique même au cas d'enlèvement. Pourquoi l'article 342 interdirait-il la recherche d'une paternité de cette nature, si cette interdiction n'avait pas une portée plus étendue que le principe général relatif à la paternité ordinaire?

222. Si la preuve indirecte, si délicate, du fait de la paternité, est admise au cas d'enlèvement, à plus forte raison serait-on reçu à justifier de la possession d'état, des soins donnés par le ravisseur à titre de père. Mais la possession d'état d'enfant naturel vis-à-vis du père produirait-elle effet en toute autre circonstance? On connaît les efforts faits par notre éminent collègue M. Demolombe, depuis 1835 (*Revue de législation*, t. I^er^, p. 427; *Cours de Code Nap.*, 2^e^ édit., t. I^er^, n^os^ 477 et suiv.), pour faire prévaloir le système qui admet la possession d'état comme preuve de la paternité naturelle [1]. Il invoque d'abord de puissantes considérations en faveur de la possession d'état, la plus ancienne de toutes les preuves. Quant au texte de l'article 340 du Code civil, ce texte, suivant lui, ne prohibe que la *recherche* de la paternité; mais on ne recherche point ce que l'on possède, et d'ailleurs la constatation de la posses-

[1] On peut encore consulter notre polémique avec M. Hérold, citée p. 268, not. 1), l'article de M. Lafontaine dans la *Revue critique* (tom. XVII, p. 97), et notre réponse (*Revue pratique*, tom. X, p. 385); enfin une note de M. Hérold. (*Ibid.*, tom. XI, p. 32.)

sion d'état, reposant sur des faits patents, ne donne lieu à aucun scandale. Il tire enfin argument de la loi du 18 brumaire an II, qui, prohibant pour la première fois la recherche de la paternité, réservait la preuve de la possession d'état, laquelle résultait de la représentation d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite des soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, tant à l'entretien qu'à l'éducation des enfants.

Mais pour répondre d'abord sur ce dernier point, un examen attentif de la loi de brumaire prouve qu'elle n'a pas le sens que lui prête M. Demolombe. En effet, l'article 8, qui admet la preuve de la paternité par la possession d'état, est une disposition purement transitoire, applicable seulement aux enfants dont le père était mort avant la promulgation de la loi. Quant aux enfants qui avaient encore leur père, c'est dans les articles 10, 11 et 12 qu'on s'en occupe, et alors la loi de l'an II exige une reconnaissance authentique. Ces derniers articles ont été interprétés officiellement comme excluant tout autre genre de preuve, et par conséquent la possession d'état. (Voy. le rapport du ministre de la justice, inséré dans un arrêté du Directoire du 12 ventôse an V.) On voit que la loi de brumaire se retourne contre ceux qui l'invoquent : la réserve de la possession d'état par une disposition transitoire que commandait l'équité, eût été complétement inutile, si la constatation de cette possession eût été en dehors de la prohibition nouvelle, puisque la possession d'état eût pu être invoquée par tout intéressé et à toute époque. Il est bien peu probable que les rédacteurs du Code, qui ont autorisé avec peine la recherche de la paternité dans un cas exceptionnel, se soient montrés plus larges que ceux de la loi de brumaire pour la preuve de cette même paternité, lorsqu'ils exigent en principe la même condition, une reconnaissance authen-

tique. Ce n'est pas, dit-on, *rechercher* un état que d'invoquer une possession constante. Mais la possession *constante* pour le demandeur est loin d'être telle aux yeux du défendeur, et, en fait, la constatation de la possession d'état, impliquant la preuve des relations du prétendu père avec la mère de l'enfant, est loin d'être exempte de scandale dans la pratique. La *recherche* comprend si bien cette constatation, au même titre que la preuve directe, que l'article 342 emploie la même expression de recherche, lorsqu'il prohibe l'action judiciaire, afin d'établir la filiation incestueuse ou adultérine. Pour échapper à cet argument, il faudrait aller jusqu'à admettre (voy. n° 213) la possession d'état à l'effet de constater une filiation entachée de pareils vices : énormité devant laquelle n'ont point reculé de jeunes logiciens, mais à laquelle la gravité de M. Demolombe a refusé de souscrire. Enfin, aucune décision judiciaire n'est venue à l'appui de la théorie un peu paradoxale que M. Valette (*Expl. somm. du Code Nap.*, p. 185) a renoncé à défendre, et qu'ont repoussée *in terminis* les Cours de Bourges (27 août 1811), d'Orléans [1] (10 mai 1860) et de Nîmes (7 novembre 1864); le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'Orléans a été rejeté le 16 décembre 1861.

Il est vrai qu'on accuse d'inconséquence ceux qui, comme nous, admettent la possession d'état en ce qui touche la maternité seulement. Mais il est facile de répondre à ce

[1] Dans l'espèce jugée par la Cour d'Orléans, la possession d'état se présentait avec des caractères extrêmement favorables; mais l'arrêt du 10 mai 1860 s'est fondé sur ce principe posé dans l'exposé des motifs du titre *De la paternité* : « que la paternité ne peut jamais être établie contre le père que par sa propre reconnaissance, et encore faut-il que cette reconnaissance soit faite par l'acte même de naissance ou par un acte authentique. » M. Lafontaine, dans sa critique de l'arrêt de 1860, s'empare de ces mots *contre le père* pour soutenir que la possession d'état vaudra au moins contre les héritiers. Mais rien n'indique que cette distinction, qui ne s'appuie d'ailleurs sur aucun texte de loi, ait été dans la pensée du rédacteur de l'exposé de motifs.

reproche avec le texte de la loi, qui permet la recherche de la maternité, tandis qu'il prohibe celle de la paternité naturelle. Notre système n'est point d'ailleurs aussi opposé à l'esprit de la jurisprudence que l'on veut bien le supposer. Les Cours d'appel, qui n'ont jamais admis la possession d'état pour prouver la paternité, l'ont fréquemment admise pour la maternité, et jusqu'à l'arrêt de 1852, qui, nous l'espérons, ne fera point jurisprudence, nous avons vu (n° 217) que la Cour de cassation attribuait d'importants effets à la possession d'état vis-à-vis de la mère. Au contraire, pour la paternité, cette Cour pousse le scrupule jusqu'à l'exagération, puisque, nous le verrons en traitant de la reconnaissance, un arrêt de cassation du 18 juin 1851 a été jusqu'à repousser la preuve de l'identité de celui qui a reconnu un enfant naturel.

Désespérant de convertir la jurisprudence, on a proposé (M. Lafontaine, *Revue critique*, tom. XVII, pag. 118) de faire intervenir le législateur. Mais, si nous comprenons parfaitement une législation moins partiale pour le sexe masculin, plus humaine pour les femmes, et surtout pour les enfants délaissés, qui ne prohibe point d'une manière aussi absolue que la nôtre la recherche de la paternité[1], nous ne verrions dans une innovation qui se bornerait à admettre la constatation de la possession d'état vis-à-vis du

[1] La tendance à réagir contre les restrictions de notre législation est sensible dans la jurisprudence, qui, s'appuyant sur l'article 1382 du Code civil, oblige le séducteur, lorsqu'il y a eu des torts graves de sa part, à réparation non-seulement envers la femme séduite, mais envers ses enfants. Le document le plus remarquable sur ce point est l'arrêt rendu par la chambre civile, le 26 juillet 1864, qui a obligé un homme marié d'un âge mûr à payer des dommages et intérêts à la jeune fille qu'il avait détournée de ses devoirs à l'âge de dix-huit ans, et aux six enfants dont il l'avait rendue mère.

père, assez rare dans la pratique, qu'un replâtrage sans valeur et sans efficacité.

223. La faculté de rechercher la paternité naturelle, qui existait jadis en France avec une grande latitude, se retrouve encore aujourd'hui chez la plupart des peuples, notamment en Allemagne, en Suisse, en Angleterre, dans les États-Unis. Mais la preuve directe du fait de la paternité n'étant pas facile, on s'en rapporte volontiers à la déclaration de la mère, par application de la fameuse maxime formulée par le président Favre : *Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo prægnantem esse.* (*Cod., defin.*, lib. IV, tit. XIV, def. 18.) Néanmoins, de même que, dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence (Arrêt du Parl. de Paris du 15 avril 1712), on avait fini par reconnaître la nécessité d'une information préalable sur les mœurs de la mère, les législations modernes qui ont statué sur ces matières délicates ont permis au père d'opposer à la déclaration faite contre lui diverses exceptions, basées sur la conduite antérieure de la mère, ou sur l'impossibilité même du fait. (Voy. les Codes des cantons de Vaud, art. 188 et suiv.; de Berne, art. 185 et suiv.; de Fribourg, art. 222 et suiv.; d'Argovie, art. 220 et suiv.) On rentre ainsi dans le vrai sens de la maxime *Creditur virgini*, qui suppose une première faiblesse; mais, il faut l'avouer, la supposition, jusqu'à preuve contraire, d'une virginité préalable, est plus vraisemblable en Suisse qu'à Paris[1]. Sous un autre rapport, les Codes suisses vont plus loin que n'ont jamais été nos anciens Parlements, puisque, pour décharger les localités

[1] Il faut convenir aussi que l'avantage d'une législation uniforme pour un pays se trouve, sous certains rapports, compensé par d'assez graves inconvénients. Ainsi la recherche de la paternité, peu admissible dans les grandes villes, le serait davantage à la campagne, où tout le monde se connaît.

des charges que leur imposent les enfants trouvés, ils admettent une recherche d'office de la paternité.

Le principe du Code civil a été au contraire adopté, avec peu de modifications, par les Codes postérieurs des Deux-Siciles, de Sardaigne et de Hollande.

La législation la plus bizarre sur ce point est celle de la Louisiane, qui porte l'empreinte de l'ancien esclavage et de la distinction des races. La recherche de la paternité y est complétement admise en faveur des enfants libres et blancs. Quant aux enfants de couleur, ils ne peuvent la rechercher qu'autant qu'ils sont libres, et à charge de ne désigner pour leur père qu'un homme de couleur. (Code de la Louisiane, art. 226.)

Ce sont là des points auxquels le législateur ne doit toucher qu'avec la plus grande réserve. Il est important de constater, à cet égard, les fâcheux effets produits dans le pays de Galles par les modifications apportées, en 1835, à la vieille législation sur la recherche de la paternité. On lit dans les *Études sur l'Angleterre* de Léon Faucher (chap. de Carmarthen) :

« En augmentant la misère dans le pays de Galles, la loi « des pauvres a porté encore une grave atteinte à la mora- « lité des habitants. On sait qu'aux termes de la vieille lé- « gislation des paroisses, toute fille mère, qui se disait « enceinte des œuvres d'un homme, était crue sur parole, « et que le père putatif, si mieux il n'aimait épouser la « mère, était tenu de fournir des aliments à l'enfant. Cette « coutume avait donné lieu à de graves abus... En répri- « mant le scandale, la loi de 1835 n'a pas dérogé au prin- « cipe des législations d'origine germanique, qui admettent « la recherche de la paternité. Mais elle a décidé, par voie « d'atténuation, que tout enfant illégitime resterait à la « charge de sa mère jusqu'à l'âge de seize ans, et que, dans

« le cas où la mère se trouverait hors d'état de l'entretenir, « l'enfant retombant à la charge de la paroisse, les gar- « diens auraient le droit de sommer le père putatif de pour- « voir à son entretien. Mais alors le témoignage de la mère « ne suffit plus ; il faut d'autres témoignages, et des indices « en quelque sorte matériels, pour déterminer cette impu- « tation de paternité.

« Cette réforme étrange, qui ne sait ni donner ni retirer « à la pudeur de la femme la protection de la loi, avait « d'abord réprimé en Angleterre le débordement des nais- « sances illégitimes, qui reprend maintenant son cours ; « mais elle a positivement échoué dans le pays de Galles, « où elle a même eu pour effet d'introduire les abus qu'elle « tenait ailleurs en échec. Toute jeune fille y débute par « être servante de ferme ; or, dans les fermes, le grenier « sert de dortoir commun aux journaliers des deux sexes, « et ce rapprochement donnant de grandes facilités au dés- « ordre, une promesse de mariage a bientôt achevé la « séduction. Sous l'empire de l'ancien système, la séduc- « tion entraînait presque toujours le mariage. La jeune fille « n'abusait pas, comme en Angleterre, de l'avantage de sa « position légale, et il était rare qu'elle affirmât par ser- « ment le contraire de la vérité [1]... Depuis le changement « opéré en 1835, la prostitution est entrée dans les mœurs. « Les jeunes gens, ne courant plus aucun risque, se font « un cruel passe-temps de perdre les jeunes filles... Les « trois quarts des enfants que reçoivent les dépôts de men- « dicité dans le pays de Galles, sont des enfants illégitimes « que leurs parents délaissent... L'ancienne loi était immo- « rale, car elle encourageait la jeune fille à se prostituer, « en faisant tourner à son profit les conséquences de son

[1] « Not one woman in ten thousand will take a false oath. » (Inquiry on South-Wales.)

« inconduite ; la nouvelle loi est inhumaine, car elle ajoute « à la responsabilité de la femme, sans augmenter ses « moyens de résistance et sans diminuer les tentations dont « sa vertu est entourée. »

TROISIÈME DIVISION.

ADMISSIBILITÉ AU CRIMINEL DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

SOMMAIRE. — 224. Il faut s'attacher à la nature des faits, et non à celle des juridictions. — 225. Compétence du tribunal criminel pour statuer incidemment sur les questions civiles. — 226. Exceptions à ce principe. — 227. Renvoi aux tribunaux civils en matière immobilière. — 228. Nécessité que le droit allégué soit immobilier *réel*. — 229. Exception préjudicielle en matière de questions d'état. — 230. Distinction proposée par Merlin. — 231. Sens des mots *suppression d'état*. — 232. Faculté de juger la question d'état comme par incident. — 233. Sens particulier du mot *état* dans cette doctrine. — 234. Renvoi pour les matières spéciales. — 235. Résumé. — 236. Délits spéciaux dont la preuve par témoins n'est pas admise. — 237. Diffamation traitée plus haut. — 238. Principe particulier aux matières disciplinaires.

224. La preuve testimoniale, nous l'avons déjà dit, ne doit pas être considérée comme exclue ou comme admise en principe, par cela seul qu'on se trouve avoir affaire, ou à la juridiction civile, ou à la juridiction criminelle. Ce n'est pas à la nature du tribunal, c'est à la nature des questions qu'il convient de s'attacher. Partout les conventions doivent être régulièrement constatées par écrit, partout les simples faits peuvent être prouvés par témoins. Il n'y a entre les deux juridictions de différence que du plus au moins, en ce sens que le plus souvent il s'agit de conventions au civil, et de simples faits au criminel.

225. Comment les tribunaux criminels peuvent-ils être saisis de questions relatives à des points pour lesquels la loi n'admet pas la preuve testimoniale? Il ne saurait s'agir du délit même, que l'on peut toujours prouver par témoins devant toutes les juridictions (C. civ., art. 1348 1°) ; les éléments non susceptibles de preuve testimoniale ne sont pas constitutifs du délit, ils ne se présentent dans la cause

que comme questions préjudicielles. La scission étant dès lors praticable, on s'est demandé s'il y a lieu à renvoi devant les tribunaux civils pour la solution de la difficulté préalable; par exemple, si, lorsqu'il s'agit de détournement d'effets remis à titre de louage, de dépôt ou de mandat (C. pén., art., 408), l'existence du louage, du dépôt ou du mandat ne peut être établie que devant les tribunaux civils. La fausse persuasion que la preuve testimoniale nue était toujours admissible au criminel, a porté certains auteurs à croire, ainsi que le décidaient la jurisprudence ancienne et même celle des premiers temps qui ont suivi la promulgation du Code, que la juridiction criminelle doit se dessaisir en pareille hypothèse. La conséquence était logique, puisqu'il n'était pas possible de tolérer la violation, au moyen d'un détour si facile, des règles prohibitives de l'enquête. Mais le point de départ était erroné. Rien n'autorisait à supposer que ces règles fussent propres à la juridiction civile, et dès lors l'inconvénient que l'on voulait prévenir était chimérique. Si le législateur avait admis cette ligne de démarcation entre les deux juridictions, qu'on ne trouve établie nulle part, il aurait dû, dans une foule de cas, suspendre l'action publique jusqu'à ce qu'on eût statué sur l'action civile. C'est au contraire la suspension de l'action civile, lorsque l'action publique a été intentée, qu'ordonne l'article 7 du Code d'instruction criminelle. La loi, qui investit le même tribunal du droit de prononcer sur l'action publique et sur l'action civile, n'a-t-elle pas visé à prévenir la multiplicité des procédures? Ne doit-on pas toujours, en l'absence de toute dérogation formelle, s'attacher au principe ancien, que nous retrouvons dans le droit romain (Voy. notamment le titre *De ordine judiciorum*, au Code), qui veut que le juge de l'action soit juge de l'exception? Sans doute, nous allons voir qu'il y a de notables restrictions à cette

règle; mais ces restrictions ont toujours été signalées, lorsqu'on les a introduites, comme contraires au droit commun. (Voy. notamment, sur les articles 326 et 327 du Code civil, l'exposé des motifs de M. Bigot de Préameneu et le discours du tribun Duveyrier.) Il faudra donc, dans les cas ordinaires, s'en tenir au parti le plus simple, celui de laisser le tribunal criminel juger l'incident, mais en le soumettant pour la preuve aux restrictions auxquelles serait soumis un tribunal civil. Tel est aussi l'avis qui a prévalu dans la jurisprudence, et ce qu'il y a de remarquable, c'est que la Cour de cassation, voulant arrêter ses idées sur cette importante question, a approuvé à l'unanimité, avec l'adhésion de Merlin, le 12 novembre 1813, une note rédigée en ce sens [1].

Au surplus, il ne faut pas perdre de vue que le juge criminel ne peut se prononcer sur l'incident que comme constituant une exception, et qu'il lui est interdit d'y statuer au delà de l'espèce qui lui est soumise. Ainsi on a cassé, le 9 février 1849, un arrêt de la Cour d'appel de Nancy, qui, saisie de la question du délit de défrichement de deux ares de bois, avait posé en principe le droit pour le prévenu de défricher 125 hectares.

Toutefois, de ce qu'un commencement de preuve par écrit serait nécessaire pour autoriser la preuve testimoniale, notamment d'un dépôt pour une valeur supérieure à cent cinquante francs, il ne faudrait pas conclure que le prévenu pût se dispenser de comparaître, le demandeur ayant toujours le droit de le faire interroger, afin d'obtenir de ses déclarations une preuve ou un commencement de preuve. (Rouen, 31 janvier 1850.)

[1] Voy. cette note à la fin du premier volume du *Traité de l'action publique et de l'action civile*, de M. Mangin, qui jette tant de jour sur ces questions délicates.

Bien plus, si, dans une affaire où les principes du droit civil n'admettent point la preuve testimoniale, l'accusé n'a pas attaqué l'arrêt de mise en accusation, il ne peut se pourvoir contre la décision rendue par la Cour d'assises. Cette décision, en effet, n'est point motivée, et comme l'a jugé avec raison la Cour de cassation (Rej., 11 décembre 1857), il n'est pas possible de s'attaquer aux débats et à la déclaration du jury qui en a été la suite, puisqu'il ne reste aucune trace des preuves par lesquelles a pu se former la conviction des jurés.

226. Les principales exceptions au principe que le tribunal criminel demeure saisi de la question préjudicielle, en se conformant, s'il y a lieu, aux prescriptions du droit civil, sont relatives à la propriété immobilière et à l'état des personnes.

227. Dans la législation romaine, on avait déjà reconnu qu'il ne convient point de trancher d'une manière incidente les questions concernant les droits réels immobiliers. C'est ainsi que des réclamations qui supposaient implicitement la propriété, alors qu'elle n'était pas constante, étaient repoussées par l'exception, *quod præjudicium prædio non fiat* (Africain, L. 16 et L. 18, D., *De except.*). Nos lois n'ont formulé nulle part un principe général de cette nature; mais certains textes paraissent en supposer l'existence, et la jurisprudence, pénétrée de l'importance de la propriété foncière, les a de bonne heure généralisés. La première trace de cette idée se trouve dans la loi du 29 septembre 1791, sur l'administration forestière (tit. XIX, art. 12), qui s'exprime en ces termes : « Si dans une instance en réparation « de délit, il s'élève une question incidente de propriété, la « partie qui en excipe sera tenue d'appeler le procureur « général syndic du département de la situation des bois, et « de lui fournir copie de ses pièces, dans la huitaine du jour

« où elle aura proposé son exception; à défaut de quoi il « sera passé outre au jugement du délit, la question de pro- « priété demeurant réservée. » Bien que cette loi fût la seule qui posât une règle semblable, la Cour de cassation a pensé, avec quelque raison, qu'aucun motif sérieux ne limite cette décision aux matières forestières. Aussi la note de 1813, conforme à sa jurisprudence constante, considère-t-elle la propriété des immeubles comme étant spécialement dans le domaine des tribunaux civils. Plus récemment, le Code forestier a sanctionné cette doctrine, avec quelques modifications, dans l'article 182 ainsi conçu : « Si, dans une « instance en réparation de délit ou contravention, le pré- « venu excipe d'un droit de propriété ou autre droit réel, « le tribunal saisi de la plainte statuera sur l'incident, en se « conformant aux règles suivantes : l'exception préjudicielle « ne sera admise qu'autant qu'elle sera fondée, soit sur un « titre apparent, soit sur des faits de possession équivalents, « personnels au prévenu et par lui articulés avec précision, « et si le titre produit ou les faits articulés sont de nature, « dans le cas où ils seraient reconnus par l'autorité compé- « tente, à ôter au fait qui sert de base aux poursuites tout « caractère de délit ou de contravention. Dans le cas de ré- « serve à fins civiles, le jugement fixera un bref délai dans « lequel la partie qui aura élevé la question préjudicielle « devra saisir les juges compétents de la connaissance du « litige, et justifier de ses diligences [1], sinon il sera passé « outre. » L'article 59 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale reproduit à peu près les mêmes dispositions pour les délits relatifs à la pêche.

Le législateur paraît donc être entré dans la doctrine de la Cour de cassation, mais avec de sages tempéraments. Il

[1] Une simple assignation ne suffirait donc pas pour satisfaire au vœu de la loi. (Cass., 18 septembre 1840.)

faut en effet : 1° que le moyen invoqué soit de nature à ôter au fait incriminé tout caractère de délit : c'est ainsi qu'on alléguerait vainement le droit de propriété pour se justifier d'avoir troublé une possession annale (C. de cass., 5 juillet 1828); mais, à l'inverse, la possession annale suffit pour justifier le prévenu, si l'effet n'en a pas été détruit par un jugement en pétitoire (Rej., 24 décembre 1858); 2° que ce moyen soit personnel au prévenu : il ne serait pas reçu à établir que l'immeuble sur lequel on l'accuse d'avoir commis un délit n'appartient pas à la partie adverse, mais à un tiers (C. de cass., 22 mars 1839 et 29 décembre 1843), lors même que le tiers interviendrait dans l'instance (Cass., 25 janvier 1855); 3° qu'il y ait un commencement de preuve du droit allégué, résultant soit d'un titre apparent, soit de faits de possession articulés avec précision : autrement, tout inculpé prétendrait n'avoir agi qu'en qualité de propriétaire. C'est pour éviter qu'on ne cherche ainsi à gagner du temps, que le législateur prescrit de plus la fixation d'un bref délai pour vider la question préjudicielle[1], ainsi qu'il le fait en d'autres occasions. (Voy. notamment C. civ., art. 174, et C. de proc., art. 357.)

Il est à remarquer qu'on applique ici le principe *Reus excipiendo fit actor,* en ce que c'est au prévenu à poursuivre l'instance et à faire la preuve de son droit réel devant le tribunal civil. Il s'est toutefois élevé, à cet égard, une difficulté sérieuse pour ce qui concerne les poursuites exercées dans l'intérêt des particuliers. Le texte du Code forestier (art. 189) et la loi sur la pêche fluviale (art. 68) obligent formellement le prévenu, même dans cette hypothèse, à

[1] Mais une pareille fixation de délai n'aurait aucun effet, s'il y avait renvoi, pour vider une question préjudicielle, devant l'autorité administrative, cette autorité ne pouvant être liée, dans l'exercice de son action, par les décisions des tribunaux. (Cass., 17 mai 1851.)

faire la preuve de son droit devant la juridiction civile. La Cour de cassation avait d'abord jugé (Rej., 12 août 1837) que c'était là une disposition exorbitante; qu'en dehors des matières forestières et fluviales, c'était au ministère public seul qu'appartenait le droit de rejeter sur le prévenu le fardeau de la preuve, et qu'au cas de poursuites intentées par une partie civile, il y avait lieu à prononcer un renvoi pur et simple, sans rien préjuger sur la charge de la preuve. Si cette distinction était fondée, il faudrait critiquer la législation spéciale qui met, dans tous les cas, le fardeau de la preuve à la charge du prévenu, puisqu'on ne verrait aucune raison pour établir une règle toute particulière dans les matières forestières ou fluviales. Embrassant aujourd'hui une doctrine plus rationnelle, la Cour de cassation a reconnu que les articles précités ne sont que l'application du droit commun, aux termes duquel le prévenu qui répond : *Feci*, *sed jure feci*, doit justifier de la vérité de son allégation. Elle applique, en conséquence, à toute poursuite correctionnelle les dispositions de l'article 182 du Code forestier. (Cass., 27 novembre 1845, 26 décembre 1846 et 20 mai 1853.)

228. Aucune disposition de nos lois ne se prête à une extension semblable, en ce qui touche la propriété mobilière. Aussi la Cour de cassation a-t-elle toujours reconnu (note du 12 novembre 1813, confirmée par de nombreux arrêts) que les questions incidentes relatives à cette propriété peuvent être vidées par le tribunal criminel. Un arrêt de rejet du 5 février 1858 déclare que, même après l'acquittement de l'accusé, les cours d'assises peuvent statuer, aux termes de l'article 366 du Code d'instruction, sur la propriété des meubles revendiqués par la partie civile.

Lors même que la question soulevée a trait à un immeuble, s'il s'agit d'un droit qui n'est point *réel*, aux termes de l'article 182 du Code forestier, la juridiction criminelle

demeure compétente pour statuer sur l'incident. C'est ce qu'a décidé un arrêt de cassation du 8 janvier 1852, au cas où le prévenu d'un délit forestier alléguait un bail qui lui conférait le droit de chasse. Il est à remarquer, en présence des difficultés qui s'élèvent sur le caractère du droit de bail, que le moyen tiré de l'absence d'un droit réel de la part du preneur a été soulevé par le conseiller rapporteur et admis d'office par la Cour de cassation. Dans tous les cas, la juridiction pénale ne peut statuer sur les droits de tiers qui ne sont point en cause. Ainsi, dans une poursuite en contrefaçon, on ne saurait ni appeler en garantie, ni recevoir comme intervenants les auteurs du prévenu de contrefaçon. (Rej., 20 mars 1857.)

229. Une exception d'une autre nature, mais non moins importante, a été consacrée par le Code civil, en ce qui touche les questions d'état. D'après l'article 326 de ce Code, les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations de cette nature. Il est évident que, dans cette disposition, il ne s'agit pas de la compétence directe, qu'il serait trop déraisonnable d'attribuer à la juridiction criminelle, mais bien de la compétence indirecte, qui appartiendrait de droit commun à cette juridiction, par cela seul qu'elle se trouverait saisie de la connaissance d'un délit qui se rattache à une question d'état. L'article 327 va plus loin encore. On aurait pu concevoir que, comme en matière de propriété immobilière, l'action fût intentée, sauf à surseoir jusqu'à ce que la question civile préjudicielle eût été décidée. Cette marche, qui avait été proposée au Conseil d'État, permettait au moins de faire les premiers actes de poursuite, de s'assurer de la personne du prévenu, de recueillir les dépositions des témoins, etc. Rien de tout cela n'est permis par l'article 327, qui veut que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne puisse commencer qu'après le

jugement définitif sur la question d'état : ce qui a fait dire, dans un style assez inexact, qu'alors la question civile est *préjudicielle à l'action*, Une telle dérogation aux règles ordinaires est extrêmement grave. Ce n'est plus seulement, comme dans la disposition du Code forestier, généralisée par la jurisprudence, la fixation d'un délai pour agir devant les tribunaux civils. Il n'était pas possible de fixer ainsi un délai, là où il ne s'agit plus d'un moyen de défense allégué par le prévenu, mais d'une question préalable à toutes poursuites. L'action civile demeure entièrement libre, et le silence des parties, silence qui peut bien avoir été acheté, tient indéfiniment en échec le ministère public.

Quel motif peut avoir dicté cette étrange restriction, qui a amené plus d'une fois l'impunité scandaleuse des délits les plus dangereux dans leurs conséquences? Il ne faut pas en chercher d'autre que cette erreur trop accréditée, qui considère la preuve testimoniale comme nécessairement admissible au criminel. On trouve la première trace de cette erreur dans la doctrine qu'a consacrée, au dernier siècle, le parlement de Paris, « En matière de crimes », disait en 1724 l'avocat général Gilbert des Voisins, dans l'affaire de la demoiselle de Choiseul, « la loi ne rejette aucune sorte de « preuves. L'ordonnance de 1667 ne regarde que les ma« tières civiles et ne règle point les matières criminelles. » Si cette doctrine était exacte, il devenait facile d'établir la filiation sans aucun commencement de preuve par écrit, en prenant la voie de l'*information*, comme on le disait alors, au lieu de saisir la justice ordinaire[1]. Pour obvier à ce danger,

[1] L'avocat général, en se plaignant qu'on puisse ainsi prouver son état trop facilement, admet comme constante l'influence du criminel sur le civil. Nous verrons, en traitant de la chose jugée, que cette influence, contestée par quelques auteurs, doit encore être reconnue aujourd'hui. Si l'on rejetait cette influence, le résultat de la procédure criminelle ne produirait plus au civil qu'un préjugé purement moral, dont il y aurait moins à se préoccuper.

inévitable dans le système que l'on embrassait, quelques-uns proposaient, dès cette époque, de suspendre la procédure criminelle. Mais l'avocat général, conformément à la jurisprudence antérieure du parlement de Paris (nombreux arrêts, de 1636 à 1695), repoussait ce remède héroïque, qui consiste à supprimer une faculté précieuse, afin d'en prévenir l'abus. « Rejeter, dit-il, indistinctement toutes les « accusations de cette nature, tant que l'état n'est pas prouvé « civilement, c'est favoriser le coupable, c'est procurer l'im- « punité du crime, c'est choquer ouvertement les premiers « principes des matières criminelles. Mais autoriser toutes « les accusations sans discernement et sans choix, n'est-ce « point ouvrir la porte à un artifice dangereux, qui peut, « sous l'apparence d'une accusation frivole, ne tendre en « effet qu'à se procurer une preuve testimoniale, toujours « difficile à faire admettre par la voie civile? Cet artifice est « fréquent dans l'usage; mais il n'a pas échappé à la péné- « tration de la justice, et il y a longtemps que sa prudence « a trouvé le moyen de le réparer. Lorsque le titre d'accu- « sation a quelque rapport au civil, l'implication du civil et « du criminel n'empêche pas ordinairement la justice de « permettre d'abord d'informer; mais si elle reconnaît que « dans cette information on ne s'est attaché qu'à faire la « preuve du civil et qu'on a négligé le criminel, elle regarde « le titre d'accusation comme une *couleur* employée pour la « surprendre; elle désavoue aisément tout ce qu'elle a fait, « et se porte à le réformer, le détruire. » Le parlement de Paris a fixé la jurisprudence dans le sens de ces conclusions par l'arrêt du 19 juin 1724. Il est vrai qu'un arrêt du même parlement, le 6 avril 1789, a consacré par anticipation les principes du Code civil, en déclarant la partie criminelle non recevable tant que l'on n'avait point réclamé l'état par la voie civile. Mais cet arrêt, isolé d'ailleurs, a été cassé.

Ainsi que l'a jugé la Cour de cassation (Rej., 25 brumaire an XIII), l'ancienne jurisprudence n'entravait point d'une manière absolue l'action des parties au criminel, elle laissait même intacte l'action du ministère public, qui ne pouvait être suspecte de fraude; seulement elle accordait une grande latitude au juge criminel, qui admettait ou rejetait à son gré la plainte, suivant qu'elle lui paraissait plus ou moins sérieuse. Le projet de Code proposa de rétablir les vrais principes de la matière, en astreignant le ministère public, lorsqu'il poursuit au criminel pour suppression d'état, à la nécessité d'un commencement de preuve par écrit. (Art. 19 du projet.) Ce n'était là que faire l'application de cette doctrine, pleinement adoptée en 1813 (n° 225) par la Cour de cassation, suivant laquelle les règles sur la preuve testimoniale ne sont pas attributives de juridiction, et les incidents civils doivent dès lors être jugés par les tribunaux criminels, mais sans qu'on puisse s'écarter des prescriptions établies par le droit civil. Malheureusement, à cette époque, cette solution si simple et si raisonnable n'avait pas encore prévalu. Le système du projet fut rejeté, probablement sans avoir été compris, et pour ne pas retomber dans l'arbitraire de l'ancienne jurisprudence, on trancha le nœud gordien, en décidant qu'ici, à l'inverse de ce qui se pratique d'ordinaire, ce serait le civil qui tiendrait le criminel en état. Le Code hollandais, éclairé par l'expérience sur les dangers de cette restriction, en est revenu au système qui n'a pu prévaloir dans notre Conseil d'État. L'article 23 de ce Code, après avoir reproduit l'article 327 du Code civil, ajoute : « Néanmoins le ministère public pourra, dans le silence des « parties intéressées, intenter l'action criminelle pour sup- « pression d'état, pourvu qu'il y ait un commencement de « preuve par écrit. Dans ce dernier cas, l'action publique ne « sera pas suspendue par l'action civile. » Il semble difficile

de mieux concilier que ne le fait ce système, l'intérêt de la justice pénale, qui réclame contre une scandaleuse impunité, et celui du repos des familles, qui veut que les réclamations d'état reposent sur une base un peu solide.

230. Afin d'atténuer les fâcheuses conséquences du système consacré par le Code, Merlin (*Questions de droit*, v° QUESTION D'ÉTAT, § 2) a soutenu que l'*action criminelle* dont parle l'article 327, doit s'entendre uniquement de l'action intentée par les parties civiles, et que dès lors le ministère public conserve sa liberté tout entière. Dicté par des motifs louables, ce système n'est en harmonie ni avec le texte ni avec l'esprit de la loi. Il serait par trop étrange que le législateur eût qualifié d'action criminelle celle qui est intentée par les particuliers en réparation du dommage causé, à l'exclusion de l'action pour l'application des peines, laquelle est l'action criminelle par excellence. Et quant à l'intention du législateur, elle a été suffisamment manifestée par le rejet des articles du projet, qui tendaient précisément à admettre, moyennant certaines restrictions, l'*action criminelle intentée d'office*. Aussi la Cour de cassation a-t-elle repoussé la doctrine de Merlin par un arrêt de rejet du 30 mars 1813, qui a été suivi de nombreuses décisions dans le même sens.

231. La prohibition de l'article 327 ne pouvant être ainsi éludée, on s'est demandé du moins quelle extension doit recevoir cette règle, quel sens il faut donner aux mots *suppression d'état*.

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, et sur lequel, du reste, on s'était expliqué bien positivement dans les discussions préparatoires du Code, c'est que les délits qui tiennent à la personne de l'enfant, sans compromettre son état, par exemple, l'enlèvement ou l'exposition (C. pén., art. 345, 349 et suiv.), peuvent être poursuivis sans qu'au-

cune action civile ait été préalablement intentée. (Cass., 4 août et 1er octobre 1842.)

Lors même que la question soumise à la juridiction criminelle serait relative à l'état, si la solution qu'elle doit recevoir laisse intacts les droits et la position de l'enfant, l'action publique sera encore admissible *de plano*. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 28 décembre 1809 déclare bien fondées, dans le silence des parties lésées, les poursuites de faux contre une personne prévenue d'avoir signé, en prenant le nom du mari, l'acte de naissance de l'enfant d'une femme mariée. Et en effet, cet enfant était désintéressé dans le litige, la fausseté de la signature ne pouvant annuler une inscription régulière et en tout point conforme à la loi. Une décision semblable autorise à poursuivre *de plano* un père accusé d'avoir fait inscrire comme né vivant un enfant déjà mort au moment de sa naissance, afin d'opérer la révocation d'une donation entre-vifs. (Rej., 8 juillet 1824; voy. deux autres arrêts de rejet, dans des espèces analogues, du 1er août 1836 et du 4 juillet 1840.) Ici encore la filiation de l'enfant n'était pas révoquée en doute. Ou il était effectivement né vivant, et alors ses droits n'étaient pas contestés; ou il était mort en naissant, ainsi que le soutenait l'accusation, et alors il n'avait aucun droit. On trouve, dans les monuments de la jurisprudence, une foule de décisions de la même nature, qui déclarent l'article 327 inapplicable toutes les fois que la filiation de l'enfant n'est point compromise.

Mais faut-il aller plus loin, et, au cas même où le fait incriminé aurait directement trait à une suppression d'état, punir le faux matériel, lorsqu'il est indépendant de la suppression d'état, bien qu'aucune action civile ne soit intentée? Ainsi, l'on s'est demandé s'il est permis de poursuivre comme crime spécial l'altération, à l'aide de procédés

chimiques, de registres de l'état civil, afin d'en faire disparaître le contenu, et d'y substituer des actes faux, tendant à attribuer à un enfant naturel une filiation légitime. Merlin a soutenu énergiquement devant la Cour de cassation qu'on devait faire abstraction de l'état, qui n'était l'objet d'aucune réclamation civile, pour s'attacher à la falsification, laquelle, prise isolément, et quelle que fût la teneur, soit des actes effacés, soit des actes substitués, tombait évidemment sous l'application des dispositions du Code pénal. Cette distinction raisonnable a été repoussée par l'arrêt de rejet du 30 mars 1813[1]. Il est fâcheux qu'on ait ainsi tiré d'un mauvais principe des conséquences qui n'y étaient pas nécessairement contenues. La même Cour a jugé bien plus sagement; elle a su faire prévaloir l'esprit de l'article 327 sur sa lettre, lorsqu'elle a autorisé le ministère public (arr. du 2 juillet 1819) à intenter des poursuites, quand l'action civile était devenue impossible, la personne dont on avait pu supprimer l'état étant morte sans laisser d'héritiers.

232. On reconnaît d'ailleurs que l'article 327 ne fait pas obstacle à la décision par les tribunaux criminels des questions de filiation, lorsqu'elles ne se présentent que comme de purs incidents dont la solution laisse intact le débat au fond sur l'état, s'il doit s'élever plus tard. Ainsi, aux termes d'un arrêt de rejet du 15 janvier 1818, une Cour d'assises ne dépasse pas ses pouvoirs en déclarant recevable l'intervention d'une partie, à raison des liens de parenté qui l'unissent à la victime d'un assassinat soumis à cette Cour. Une pareille décision ne préjuge qu'en ce qui concerne le droit aux réparations civiles la parenté, qui, sous tout autre rapport, peut être remise en question devant les tribunaux.

[1] Des faits de cette nature ne seraient pas toutefois impunis. On admettrait toujours subsidiairement la réclusion, prononcée par l'art. 439 du Code pénal contre ceux qui détruisent des actes de l'autorité publique. La peine du faux eût été celle des travaux forcés à temps. (Art. 147, *ibid.*)

La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens en ce qui touche un point beaucoup plus grave, les rapports de paternité et de filiation, considérés comme circonstance aggravante du meurtre. (Rej., 27 novembre 1812 et 19 septembre 1839.) Le principe que le juge du principal est le juge de l'incident, principe qu'on ne saurait anéantir sans s'exposer aux involutions de procédures les plus compliquées, reprend alors tout son empire. Il en est de même, à plus forte raison, si la question d'état est soulevée, non à l'appui d'une réclamation sérieuse de filiation, mais comme se rattachant à l'identité d'un prévenu d'escroquerie par usage d'un *faux nom*. Le jugement de cette question d'identité appartient à la juridiction criminelle. (Rej., 14 octobre 1853.)

233. Les mots *réclamation d'état, suppression d'état,* dans les articles 326 et 327 du Code civil, ont une signification particulière, qui ne correspond pas au *status personarum* en général. Ils n'ont trait qu'à la filiation. Pour les autres questions relatives à l'état des personnes, notamment pour le mariage, le motif erroné qui a amené la suppression de l'action publique n'étant pas même applicable, on n'a jamais douté que, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux criminels, les faits ne pussent s'établir par témoins. Aussi l'article 198 veut-il, au contraire, que l'inscription sur les registres de l'état civil du jugement criminel qui constate la célébration du mariage, suffise pour assurer les droits des époux. On a donc cassé avec raison (le 8 mai 1828) un arrêt par lequel une Cour d'assises se déclarait incompétente, dans le silence des parties civiles, pour juger une personne accusée d'avoir pris les noms et qualités d'autrui, dans l'acte de célébration de son mariage. C'était là méconnaître étrangement la véritable portée des articles 326 et 327.

Mais la Cour de cassation n'a pas été elle-même tout à fait à l'abri de l'erreur qui tend à généraliser les principes du Code en matière de questions d'état. Nous voulons parler de sa doctrine sur les nullités de mariage, telle qu'elle ressort de sa jurisprudence et de sa note de 1813 sur les questions préjudicielles. Dans les accusations de bigamie, la Cour admet bien la compétence de la juridiction criminelle pour apprécier la validité du second mariage, car c'est dans ce second mariage que gît pour ainsi dire le corps du délit; mais elle ne reconnaît pas à cette juridiction le pouvoir de prononcer sur la nullité du premier mariage, lorsqu'elle est alléguée comme moyen de défense. « Ce genre de nullité », dit la note de 1813, « ne peut être jugé par les tribunaux « criminels, parce que l'état civil du prévenu dépend du « jugement qui doit être porté, et que les tribunaux civils, « d'après l'article 326 du Code Napoléon, sont seuls compé- « tents pour statuer sur les questions d'état. »

La doctrine que les nullités de mariage sont de la compétence exclusive de la juridiction civile, lorsqu'elles sont invoquées comme moyen préjudiciel, a été également appliquée aux poursuites pour adultère, que la prévenue repoussait en argüant de la nullité de son mariage, par un arrêt de la chambre criminelle (Cass., 13 avril 1867), fondé, entre autres motifs, sur ce que « les demandes en nullité de ma- « riage, auxquelles se rattache par un lien nécessaire la « filiation des enfants, sont régies par l'article 326. »

Mais d'abord, ainsi que nous venons de le dire, il n'y a pas même raison de décider pour le mariage et pour la filiation, puisque les faits tendant à établir la validité ou la nullité du mariage sont des faits publics, susceptibles d'être prouvés par témoins. De plus, l'argument prouve trop. Si les questions de mariage sont en effet des questions d'état, à quel titre la juridiction criminelle peut-elle connaître de

la validité même du second mariage? Ne faudrait-il pas alors appliquer aussi l'article 327 et suspendre l'action publique, tant que l'action civile ne serait pas intentée? Dira-t-on, comme on l'a fait, que le Code civil (art. 189) veut qu'en tout cas la validité ou la nullité du premier mariage soit jugée préalablement? Mais il n'y a rien dans cette disposition, purement relative à l'ordre de la procédure, qui indique le renvoi à une autre juridiction, point dont le législateur ne s'est nullement occupé en traitant des nullités de mariage.

A un autre point de vue, toutefois, l'arrêt du 13 avril 1867 peut être signalé comme un progrès dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Jusqu'alors, la Cour jugeait, conformément à la note de 1813, que celui qui était poursuivi devant les tribunaux criminels pour bigamie, ne pouvait opposer la nullité du premier mariage, lorsqu'elle n'était que relative, parce que le mariage entaché d'une pareille nullité n'en était pas moins valable jusqu'à ce que cette dissolution fût prononcée par les tribunaux. Mais l'arrêt de 1867, reproduisant la doctrine de Mangin (*Traité de l'action publique et de l'action civile*, n° 196), décide que l'effet de toute nullité remonte nécessairement au jour de la célébration du mariage; et cette décision, bien que rendue relativement au délit d'adultère, est applicable, par identité de motifs, au crime de bigamie.

234. On peut consulter, sur les questions préjudicielles relatives aux matières spéciales, les auteurs qui se sont particulièrement occupés de ce qui touche ces questions. (Voy. surtout le traité de M. Mangin, n°s 226 et suivants.) Nous citerons, par exemple, l'interprétation des actes de l'autorité administrative, que la loi du 16 fructidor an III attribue exclusivement à cette autorité, et les contestations *sur le fond des droits*, en ce qui touche les contributions indirectes, contestations qui ne peuvent être jugées que par les

tribunaux civils[1], d'après la loi du 28 ventôse an XII (Tit. V, art. 88.)

235. En résumé, les principes sur la preuve étant les mêmes dans toutes juridictions, il n'y a pas lieu généralement à renvoi devant les tribunaux civils pour une question préalable non susceptible de la preuve par témoins; la juridiction criminelle doit retenir l'incident et le juger d'après les règles du droit civil. Cette décision s'applique sans difficulté aux conventions incidemment soumises aux tribunaux criminels, au cas, notamment, où le prévenu d'abus de confiance pour violation de mandat invoque l'exception préjudicielle d'un compte à débattre entre son mandant et lui. (Rej., 4 mars 1859.) Quant à la propriété, s'il s'agit de meubles, point de dérogation encore à la règle qui veut que le juge de l'action soit le juge de l'exception; s'il est question d'immeubles, l'importance du litige donne lieu à renvoi devant le tribunal civil, mais alors la question préjudicielle doit être vidée dans un délai déterminé. En matière de filiation, la crainte mal fondée de l'admissibilité indéfinie de la preuve testimoniale a fait suspendre l'action publique, tant que l'action civile n'est pas intentée : interversion des principes fondamentaux de notre droit criminel, qu'il convient de ne pas étendre au delà de ce qui concerne la *suppression d'état*. Enfin, pour le mariage, nous ne voyons aucun texte qui fasse cesser la compétence du juge criminel, proclamée, au contraire, par l'article 198 du Code civil. Il semble donc raisonnable de toujours autoriser ce juge à en connaître, sans distinguer, comme on veut le faire au cas de bigamie, entre le premier et le second mariage.

236. Indépendamment des questions préjudicielles, nous

[1] Toutefois, une simple contestation incidente à un procès-verbal de contravention ou de saisie peut être vidée par le tribunal de police correctionnelle. (Rej., 11 mai 1839.)

devons, pour terminer ce qui concerne l'admission des témoins au criminel, signaler l'importance toute particulière qu'ont les procès-verbaux dans certaines matières, telles que les douanes et les contributions indirectes [1]. Habituellement, aux termes des articles 154, 189 et 242 du Code d'instruction criminelle, on peut prouver par témoins, à défaut de procès-verbaux, lors même qu'il s'agit d'infractions dont on aurait dû dresser acte, par exemple, de celles qui sont relatives aux propriétés rurales et forestières, aux règlements sur le roulage, ou bien aux prescriptions sur le travail des enfants dans les manufactures. (Voy. notamment Cass. 18 mars 1836, 18 mars 1854 et 15 mars 1862.) Mais l'importation de marchandises, la circulation de denrées, en contravention aux lois fiscales, sont des faits tellement fugitifs qu'on a senti le besoin de n'autoriser la poursuite en pareil cas qu'autant qu'il y a procès-verbal régulier [2]. C'est en ce sens que la jurisprudence (Rej., 28 avril 1855) interprète constamment les lois du 19 brumaire an VI et du 9 floréal an VII, ainsi que le décret du 1er germinal an XIII. La preuve testimoniale est seulement admissible, d'après une distinction qui résulte de la combinaison des textes, afin de permettre la confiscation des objets saisis, qu'il serait trop dangereux de rendre aux prévenus, en l'absence d'un procès-verbal régulier [3]. Quant à l'amende et à l'em-

[1] Voir le ch. II du *Traité des procès-verbaux en matière de délits et de contraventions*, par M. Mangin, ouvrage qui, bien qu'inférieur au *Traité de l'action publique et de l'action civile*, est encore fécond en renseignements utiles.

[2] Mais la saisie effective n'est point indispensable, ainsi que le prouve M. Faustin Hélie. (*Instr. crim.*, t. III, § 1343.)

[3] On sait que la confiscation spéciale est quelquefois autorisée, même lorsque le délinquant est inconnu, comme pour les armes, filets, engins et autres instruments de chasse (loi du 3 mai 1844, art. 16); bien plus, au cas d'acquittement, s'il s'agit d'objets contrefaits, dont la fabrication porte atteinte aux droits du porteur d'un brevet d'invention. (Loi du 5 juillet 1844, art. 49.)

prisonnement, on reconnaît généralement la nécessité absolue d'un procès-verbal pour justifier la condamnation. Il est vrai qu'on a voulu (Bourguignon, sur l'article 16 du C. d'instr. crim.) assimiler cette obligation légale à celle qui est établie par l'article 1341 du Code civil pour les conventions, et en faire dès lors cesser l'application, au cas où il y aurait commencement de preuve par écrit contre le prévenu. Mais, là où il s'agit de délits spéciaux, il faut s'en tenir strictement à la règle adoptée par le législateur pour donner une base fixe à des poursuites dont l'exercice, souvent vexatoire, soulève de vives réclamations dans la pratique.

237. L'admissibilité de la preuve testimoniale, là où le principe posé par l'ordonnance de Moulins n'est pas applicable, souffrait encore une notable exception, au criminel comme au civil, lorsqu'il s'agissait d'établir la vérité des imputations dirigées contre des fonctionnaires publics. L'article 28 du décret du 17 février 1852, reproduisant le système de la loi du 25 mars 1822, défendait de prouver *par témoins* la vérité de ces faits. Mais nous avons vu, en traitant de la diffamation (n° 76), que la loi du 15 avril 1871 est revenue au droit commun sur la preuve.

238. Pour terminer ce qui concerne l'admissibilité de la preuve testimoniale, nous signalerons le système tout particulier qui régit les matières disciplinaires. Si on appliquait à ces matières les règles ordinaires du droit civil, ou celles du droit criminel, qui sont identiques sur ce point, il faudrait décider comme l'avait fait la Cour de Rennes, le 29 juillet 1857. Un notaire, après avoir été renvoyé de poursuites correctionnelles pour violation de dépôt, faute de commencement de preuve par écrit des faits allégués, était poursuivi disciplinairement pour les mêmes faits. La Cour de Rennes avait déclaré le ministère public non rece-

vable, « aucun pouvoir discrétionnaire ne pouvant préva-« loir », dit l'arrêt, « contre l'une des règles les plus absolues « que la loi ait consacrées en matière de preuve. » Mais cet arrêt a été cassé le 5 juillet 1858, l'action disciplinaire reposant sur un pouvoir tout moral, qui ne saurait être enchaîné par les prescriptions du droit commun. « La ques-« tion », a dit dans ses conclusions le procureur général Dupin, « n'est pas de savoir si l'officier ministériel s'est « rendu coupable d'un fait criminel ou délictueux dont la « preuve puisse être rapportée contre lui, mais bien s'il a « fait, dans la circonstance donnée, tout ce qu'il devait à « l'honorabilité de ses fonctions. Dans une appréciation de « cette nature, il y a nécessairement quelque chose de « discrétionnaire et d'illimité, comme dans l'appréciation « du point d'honneur militaire, par exemple, ou de ce que, « dans le monde, on nomme la pudeur. L'action, par cela « même, n'est ni civile ni criminelle, elle est *sui generis*. » D'ailleurs, les motifs qui ont fait établir des règles identiques pour la preuve au civil et au criminel, ne se retrouvent point en matière disciplinaire. « Il n'y a pas à craindre », dit la Cour de cassation, « que l'action civile ne puisse, soit « à l'abri de l'action publique, soit à l'aide de la chose « jugée au profit de celle-ci, éluder les garanties que le lé-« gislateur a entendu créer, en matière civile, contre les « dangers de la preuve testimoniale ; l'action civile ne peut, « en effet, se prévaloir ni des immunités de l'action disci-« plinaire, ni des décisions ou mesures prononcées par le « juge de la discipline. »

APPENDICE DE LA PREMIÈRE SECTION.

PREUVE TESTIMONIALE AU SECOND DEGRÉ. — PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE.

SOMMAIRE. — 239. Preuve testimoniale au second degré. — 240. Danger de cette preuve. — 241. Restrictions auxquelles elle a été soumise. — 242. Preuve par commune renommée. — 243. Cas où cette preuve n'est pas admissible. — 244. Forme dans laquelle on doit l'administrer. — 245. A quelles conditions peut être soumise la preuve de la possession immémoriale. — 246. La preuve par commune renommée de droit commun en matière de possession d'état. — 247. Est-elle admissible contre les tiers ?

239. Il nous reste à traiter de la preuve testimoniale au second degré, c'est-à-dire de celle qui tend à établir, non pas le fait allégué, mais seulement un premier témoignage, en un mot, à prouver la preuve elle-même; car il n'arrive que trop souvent que les dépositions ne soient pas perçues directement, et ne nous arrivent que par l'intermédiaire du témoignage.

240. Il est évident que la preuve s'affaiblit à mesure qu'elle s'éloigne de sa source. Quintilien (*Inst. orat.*, liv. V, chap. VII) refusait le nom de témoins à ceux qui déposaient seulement *de auditionibus : non enim ipsos esse testes, sed injuratorum adferre voces.* Montaigne fait à cet égard une observation qu'a rendue populaire la fable bien connue de la Fontaine : « Les premiers », dit-il (liv. III, chap. II), « venant à semer leur histoire, sentent, par les oppositions « qu'on leur fait, où loge la difficulté de la persuasion, « et vont calfeutrant cet endroit de quelque pièce fausse. « L'erreur particulière fait premièrement l'erreur publique, « et à son tour l'erreur publique fait l'erreur particulière. « Ainsi va tout ce bâtiment, s'étoffant et se formant de main « en main de manière que le plus éloigné témoin est mieux « informé que le plus voisin, et le dernier informé mieux « persuadé que le premier. » Telle est l'origine de ces

adages de Loysel, qui ne sont que l'expression de la raison et du bon sens (*Inst. cout.*, liv. V, tit. V, n° 2) : « Un seul « œil a plus de crédit que deux oreilles n'ont d'*audivi*. Ouïr- « dire va par ville, et en un muid de cuider n'y a point plein « poing de savoir. » Aussi ne devrait-on jamais avoir recours aux preuves de second degré, lorsque celles du premier degré peuvent être employées[1]. C'est ainsi que le juge, lorsqu'il doute de l'exactitude des rapports qu'on lui fait sur les indices que peut présenter l'état des lieux, doit se transporter lui-même sur le terrain. De même la loi prescrit en général de s'attacher à l'original d'un acte, tant que cet original existe. (C. civ., art. 1334.) La même règle doit s'appliquer aux témoins. Ce n'est qu'autant que les témoins directs sont morts ou dans l'impossibilité de déposer, qu'il est permis d'appeler de seconds témoins à reproduire la déclaration des premiers. Et, en outre, cette circonstance même qu'il n'est plus possible d'entendre les premiers, doit porter le juge à examiner avec soin s'il n'y a pas quelque indice de fraude; car, évidemment, celui qui voudra calomnier sans s'exposer à être démasqué, ne manquera pas de prêter un récit mensonger à une personne dont il ne pourra craindre un démenti. Il faudra donc qu'un témoin soit doublement croyable pour qu'on puisse ajouter foi à sa déposition, lorsqu'elle ne portera ainsi que sur un ouï-dire; à plus forte raison la preuve sera-t-elle d'une extrême faiblesse, lorsqu'il faudra parcourir une filière plus ou moins compliquée avant d'arriver au témoignage direct. Beccaria (*Des délits et des peines*, chap. XIV) fait observer avec raison que les preuves ne se fortifient mutuellement que lors-

[1] C'est là une des applications du principe général posé avec raison par la jurisprudence anglaise (Philipps, *On the law of evidence*, part. I, liv. I, ch. VII, sect. 6) : Il faut toujours produire la meilleure preuve que comporte la cause. (*The best evidence of which the nature of the thing is capable.*)

qu'elles sont indépendantes; mais que lorsqu'elles sont échafaudées les unes sur les autres, le nombre est loin d'en augmenter la force.

241. Autrefois, lorsque l'on enchaînait la conviction du juge par des règles formulées *a priori*, on rejetait purement et simplement le témoignage *ex auditu alieno*. Suivant Pothier (*Oblig.*, n° 821), si le témoin « disait qu'il le sait pour « l'avoir entendu dire à un tiers, sa déposition ne ferait pas « de preuve. » Néanmoins les dépositions fondées sur des ouï-dire pouvaient être admises dans certains cas, lorsqu'elles étaient accompagnées des conditions suivantes : 1° que le témoin eût appris le fait de personnes qui y étaient présentes; 2° qu'il nommât ces personnes; 3° que ces personnes fussent dignes de foi et au nombre de deux au moins; 4° qu'il y eût impossibilité de les entendre elles-mêmes. (Voy. Merlin, *Répert.*, v° PREUVE, sect. 2, § 3, art. 2, n° 8.)

Le droit commun anglais (*common law*) va plus loin; il proscrit, en principe, tout témoignage par ouï-dire (*hearsay*), que ce témoignage soit donné oralement ou consigné par écrit[1]. « La faiblesse intrinsèque de ce mode de preuve », dit M. Greenleaf (tom. I, p. 129), « son insuffisance à « nous convaincre de l'existence du fait, et les fraudes aux- « quelles il prête, concourent pour faire prévaloir le prin- « cipe que la preuve par ouï-dire est complétement inad- « missible. » Mais l'application absolue de ce principe eût été bien gênante; aussi la pratique anglaise et américaine en a-t-elle singulièrement restreint la portée. (Philipps, part. I, liv. I, chap. VII, sect. 7; M. Greenleaf, tom. I, part. II, chap. V à X.) D'abord, elle autorise la preuve toutes les fois que le sujet même de la contestation porte

[1] Cette prohibition se retrouve dans la procédure autrichienne. (M. Gennari, *Teoria delle prove*, p. 231.)

sur des dépositions transmises par des tiers, comme au cas de possession d'état, et en général de notoriété publique, l'objet de l'enquête, nous dit-on (M. Greenleaf, tom. I, pag. 131), étant précisément le concours des opinions sur le même fait (*the subject of inquiry being the concurrence of many voices to the same fact*). De plus, elle fait exception à la règle lorsqu'il s'agit de la déclaration des mourants, d'un intérêt public, d'une ancienne possession, etc. En Écosse, on admet le témoignage au second degré, à la condition que le témoin direct n'existe plus, et que sa déclaration eût été légalement recevable.

Notre législation moderne ne comporte aucune restriction de cette nature quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale. Seulement, les conditions qu'imposait l'ancienne doctrine et qu'impose encore la pratique écossaise au témoignage du second degré, peuvent être admises par le juge, comme données de raison et d'expérience. Sur ce point, comme dans tout ce qui concerne l'appréciation des témoignages, ainsi que nous le verrons plus tard, il est impossible de tracer à l'avance des règles fixes. Comment déterminer *a priori* le point précis où commence la vérité et où finit l'erreur? Dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, les témoins peuvent évidemment déposer *ex auditu proprio aut alieno*, sauf au juge à avoir tel égard que de raison aux témoignages du second, du troisième degré, etc. Mais si dès l'abord les faits dont une partie demande à faire preuve ne reposent que sur des ouï-dire, les juges devront, en général, la déclarer non recevable. Ainsi un arrêt de rejet du 12 janvier 1856 autorise la juridiction criminelle à refuser d'entendre, sur la citation du ministère public, un témoin qui vient seulement déposer d'ouï-dire, lorsque l'instruction est parachevée.

242. C'est, en effet, dans des cas exceptionnels seule-

ment que le législateur autorise la preuve par *commune renommée*. Rien de plus vague ni de plus arbitraire qu'une preuve dans laquelle on consulte l'opinion publique, pour lui demander ce qu'elle pense de tel ou tel fait, sans être obligé de contrôler ce dangereux témoignage par une vérification directe. Aussi ne l'admet-on que comme une ressource extrême, en faveur de personnes dont les intérêts se trouvent complétement à la merci d'autrui. Les parties auxquelles la loi accorde cette importante prérogative sont : la femme mariée ou ses héritiers, toutes les fois que le défaut d'inventaire par le mari de biens à elle échus peut compromettre ses intérêts (C. civ., art. 1415, 1504); et les héritiers du conjoint prédécédé, lorsque le survivant n'a pas fait inventaire de la communauté [1]. (*Ibid.*, art. 1442.) Il est vrai que, si les héritiers sont majeurs, on peut dire qu'ils doivent s'imputer à eux-mêmes de n'avoir pas veillé à la défense de leurs intérêts, et on serait tenté de leur refuser une faculté aussi exorbitante, puisqu'il leur était loisible de prévenir toute difficulté en provoquant la confection de l'inventaire. Mais borner l'application de l'article 1442 du Code aux héritiers mineurs, ainsi que l'a fait la Cour de Caen, le 4 janvier 1840, c'est s'écarter du texte général de la loi et de l'intention du législateur, telle qu'elle ressort des travaux préparatoires du Code. Il faut donc accorder, suivant une autre décision rendue par la même Cour, le 19 janvier 1832, la même latitude à tous les héritiers, afin de ne point mettre leurs intérêts à la merci du conjoint survivant, sauf le cas où les héritiers majeurs et présents auraient déclaré s'opposer eux-mêmes à la confection de l'inventaire.

[1] Un arrêt de la Cour de Lyon, cassé le 5 mars 1855, avait tiré du défaut d'inventaire cette conséquence exorbitante que le conjoint survivant devait représenter toutes les valeurs énoncées au contrat de mariage, sans que les héritiers de l'autre conjoint eussent à faire aucune preuve, même par commune renommée.

(Caen, 19 novembre 1871.) D'autre part, on pense généralement qu'il faut, par identité de motifs, étendre la disposition de l'article 1442 à tous les cas où la négligence d'un tuteur ou autre administrateur légal met des mineurs ou interdits dans l'impossibilité de se procurer une preuve régulière de leurs droits. Partout la loi leur accorde une faveur au moins égale à celle qu'elle accorde aux femmes mariées; on ne saurait être trop sévère vis-à-vis d'un comptable qui, par son dol ou par sa faute lourde, s'est mis hors d'état de présenter aucune justification en bonne forme, afin de décharger sa responsabilité. Et en général, toutes les fois qu'il s'agit de constater une fraude, ce mode de preuve est admis. (Voy. l'arr. de rej. du 19 décembre 1842, ainsi que le rapport de M. Hardoin.)

Mais il est bien entendu que le tribunal a toujours un pouvoir discrétionnaire pour rejeter ce mode de preuve, comme la preuve par témoins en général, si les faits articulés ne lui paraissent point vraisemblables. (Rej., 26 juin 1823 et 19 décembre 1842.)

243. Il ne faut pas étendre la preuve par commune renommée aux cas où il était permis de se procurer une preuve plus régulière. C'est ainsi que la Cour de Bourges a jugé avec raison, le 27 juillet 1825, qu'on n'était pas reçu à justifier de cette manière une société taisible qui avait existé anciennement entre deux frères. De ce qu'il est permis de faire entendre des témoins pour prouver des sociétés de cette nature, qu'on n'était pas dans l'usage de constater par écrit, il ne s'ensuit nullement qu'on doive admettre des témoins qui déposent d'après de vagues rumeurs, sans avoir aucune connaissance personnelle des faits. (Voy. aussi Douai, 13 janvier 1865.) A plus forte raison doit-on rejeter cette preuve dans les cas où le texte de la loi demande une preuve écrite. Ainsi, dans la communauté réduite aux ac-

quêts, la loi exigeant que le mobilier existant lors du mariage soit constaté par un inventaire ou état en bonne forme (C. civ., art. 1499), il n'est plus permis de soutenir aujourd'hui que les époux soient recevables à justifier de leurs apports même par commune renommée, ainsi qu'ils y étaient admis autrefois. Si l'on autorise la femme ou ses héritiers à prouver de cette manière la valeur du mobilier échu à la femme pendant le mariage, et dont le mari n'a pas fait dresser inventaire [1] (*ibid.*, art. 1415), c'est qu'alors on se trouve précisément dans un de ces cas exceptionnels où il fallait protéger les intérêts de la femme; avant le mariage, au contraire, les intérêts des deux époux sont également défendus, et une preuve régulière est indispensable. Il importe toutefois de distinguer la position de la femme et de ses héritiers vis-à-vis des tiers, ou bien vis-à-vis de l'autre conjoint ou de ses héritiers. Vis-à-vis des tiers, notamment des créanciers du mari, on applique la loi dans toute sa rigueur, et la femme ne peut suppléer, même par la preuve testimoniale ordinaire, au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme. (Poitiers, 6 mai 1836; Rej., 19 juin 1855.) Dans les rapports des époux entre eux, au contraire, lors même que c'est le mari qui réclame, suivant la doctrine d'un arrêt de rejet du 3 août 1831 et d'un arrêt de la Cour d'Orléans du 24 février 1860, un inventaire ou état semblable n'est pas absolument indispensable; mais il y a loin de là à l'admission de la preuve par commune renommée. Durant le mariage même, s'il ne s'agissait plus d'une donation ou d'une succession échue à la femme, mais qu'elle alléguât simplement que son mari aurait touché des valeurs mobilières à elle appartenant, les tribunaux ne seraient point fondés à ordonner cette preuve exceptionnelle.

[1] Si le mari a fait dresser un inventaire incomplet, la jurisprudence tend à admettre (Rej., 28 novembre 1866), par identité de motifs, la preuve par commune renommée au profit de la femme.

244. Lors même que la preuve testimoniale s'administre ainsi par voie de commune renommée, elle n'en est pas moins soumise à la forme ordinaire des enquêtes ; aussi la Cour de cassation a-t-elle cassé, le 17 janvier 1838, un arrêt par lequel on avait délégué à deux notaires le soin de procéder à la preuve par commune renommée. Au fond, cette preuve n'est qu'une variété de la preuve par témoins, et dans une législation comme la nôtre, qui ne repousse point la preuve testimoniale au second degré, il n'y a qu'une nuance entre l'enquête ordinaire et l'enquête portant sur la commune renommée.

245. La possession immémoriale, admise autrefois dans certaines coutumes, notamment comme moyen d'établir l'existence des servitudes, ne se fondait pas uniquement, comme on l'imagine souvent, sur la commune renommée. Il était nécessaire, aux termes d'un arrêt du parlement de Toulouse du 3 juillet 1715, résumé de l'ancienne doctrine sur ce point, que les témoins déposassent avoir eu personnellement connaissance des faits de possession pendant quarante ans *de visu*, et avoir tenu de leurs ancêtres que ceux-ci en avaient été également témoins. Comme il fallait avoir quatorze ans pour être réputé avoir eu sérieusement connaissance de faits, il s'ensuit que, dans une enquête sur la possession immémoriale, un témoin n'était recevable qu'à l'âge de cinquante-quatre ans. En conséquence, plusieurs Cours (Agen, 8 janvier 1833 ; Pau, 15 mars 1834) ont décidé que, dans les cas où le Code permet d'établir de cette manière l'existence d'anciennes servitudes (C. civ., art. 691), il faut régulièrement que les témoins entendus fussent déjà âgés de cinquante-quatre ans lors de la promulgation de ce Code. La preuve de la possession immémoriale, ainsi entendue, mérite plus que jamais le nom de *piscatio anguillarum*, que lui avaient donné les anciens docteurs. Toutefois

la doctrine du parlement de Toulouse, reproduite par ces arrêts, nous paraît un vestige de l'ancien système des preuves légales. Pourquoi exiger que les témoins aient eu personnellement connaissance des faits pendant quarante ans? Pourquoi même exiger qu'ils en aient été personnellement informés, s'il y a tradition constante? Labéon était dans le vrai lorsqu'il disait, en pareille matière : *Nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.* (L. 2, § 8, D., *De aqu. et aqu. plur. arc.*; L. 28, *ibid.*, *De probat.*) Exiger des témoins qui aient eu connaissance personnelle des faits de possession lors de la promulgation du Code, ce serait aujourd'hui exiger l'impossible, et l'intention du législateur n'a pu être de détruire des droits légalement existants, en en interdisant la preuve. Sous l'empire même du droit commun anglais, qui n'admet point en principe la preuve traditionnelle (*traditionary evidence*), la nécessité a obligé la pratique américaine à recourir à cette voie pour établir les limites des propriétés privées, dont il était impossible de justifier autrement[1] (M. Greenleaf, tom. I, p. 192, not. 1); à plus forte raison, sous l'empire d'une loi comme la nôtre, qui ne pose aucune restriction, doit-on laisser au juge toute latitude pour la preuve de la possession immémoriale. Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé avec raison (Rej., 9 novembre 1826, 20 novembre 1837 et 1er juillet 1839) que l'inobservation des règles de l'ancien droit ne saurait donner ouverture à cassation[2].

[1] L'origine toute particulière de la propriété aux États-Unis ne permet point, dans beaucoup de circonstances, d'en établir l'existence par écrit.

[2] Si la commune renommée peut être établie par une tradition orale, à plus forte raison peut-elle être constatée par des documents judiciaires. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 7 mars 1854 a considéré comme titre insuffisant, en faveur de la commune de Seillans, pour justifier d'un droit immémorial de vaine pâture, des arrêts du parlement d'Aix du 24 mars 1699 et du 7 juillet 1773, bien qu'ils n'eussent pas été rendus entre les parties actuellement en litige.

246. Une preuve par commune renommée qui n'a rien d'exorbitant, c'est la constatation de l'opinion publique elle-même, notamment dans les questions de possession d'état, où l'on recherche, par exemple (C. civ., art. 321), si un enfant a été reconnu constamment comme légitime dans la société. Il est clair qu'alors les témoins ne peuvent déposer que sur l'opinion publique, puisque la question principale roule précisément sur ce point, l'objet de l'enquête, comme le disent les jurisconsultes anglais (n° 241), étant le concours des opinions sur le même fait.

247. Enfin, dans les cas où la preuve par commune renommée est admise exceptionnellement, elle devient, en thèse générale, un mode aussi légal que tout autre, dont il serait arbitraire de restreindre la portée. Il faut donc reconnaître, avec la Cour de Bordeaux (arr. du 20 juin 1826), que la preuve par commune renommée a effet, non-seulement vis-à-vis de l'administrateur qui a négligé de faire inventaire ou ses héritiers, mais même à l'égard des tiers. Toutefois, nous avons vu (n° 243) que l'on est quelquefois plus sévère pour la preuve en ce qui touche un tiers intéressé que dans les rapports des époux, quand il s'agit d'établir l'importance de leurs droits.

DEUXIÈME SECTION.

ADMINISTRATION DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

SOMMAIRE. — 248. Distinction entre la procédure civile et la procédure criminelle. — 249. Cette distinction est-elle fondée? — 250. Division.

248. Après avoir vu quand la preuve testimoniale est admise par nos lois, nous devons examiner comment cette preuve s'administre dans la pratique. L'audition des témoins, qui était dégagée de toute espèce de formes dans la législation romaine, a été chargée par l'ancienne jurisprudence

d'une foule d'entraves factices. C'est dans cette matière que le système des preuves légales, dont nous avons signalé la dangereuse tendance, a reçu les plus singulières applications. Nous verrons qu'il ne subsiste plus aujourd'hui que quelques vestiges du système qui tarifait les témoignages, au lieu de les soumettre à la conscience du juge. Mais une autre pratique, qui se rattachait jusqu'à un certain point à ce système, l'absence de publicité des enquêtes, s'est maintenue chez nous dans les matières civiles ordinaires, tandis qu'au criminel la publicité a été établie.

L'administration secrète de la preuve testimoniale ne s'est introduite, au moyen âge, que lentement et par suite de circonstances particulières. Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. XXXIV) pense que la réaction contre le combat judiciaire, qui était essentiellement public, amena le secret des enquêtes, afin de protéger les témoins contre les provocations des parties. La nécessité de déléguer les fonctions du tribunal à un commissaire, en cas d'éloignement des témoins (n° 251), l'institution de l'appel, qui contribua à fortifier l'habitude de juger sur pièces, doivent également figurer parmi les causes de ce mémorable changement dans les mœurs judiciaires. L'exemple des tribunaux ecclésiastiques, qui renoncèrent de bonne heure à la publicité, paraît aussi avoir influé sur les habitudes de nos juges, notamment lors du séjour des papes à Avignon[1]. Quoi qu'il en soit, ce ne fut que sous François I^er^, en 1539, que le principe du secret de l'enquête en toute matière fut complétement établi. Et comme on voulait à toute force, à cette époque, appuyer sur les lois romaines les doctrines les plus

[1] En Angleterre, l'administration de la preuve testimoniale a toujours eu lieu oralement et publiquement, si ce n'est devant les cours d'équité, où, par tradition des usages canoniques, les témoins étaient interrogés et répondaient par écrit, jusqu'à un statut récent (stat. 15 et 16, Vict. chap. LXXXVI), qui a soumis au droit commun l'audition des témoins.

étrangères aux idées des jurisconsultes romains, on prétendit retrouver le secret des enquêtes dans une constitution de Zénon. (L. 14, Cod., *De testib.*) Mais les expressions *judicantis intrare, secretum*, qu'emploie l'empereur, ont trait tout simplement au local séparé où se tient le juge, et nullement à une procédure occulte dont il n'y a pas de trace, même au Bas-Empire. (Voy. Nov. 90, chap. IX.)

Cet état de choses avait été probablement utile dans l'origine. L'introduction d'une procédure technique et de ses formes subtiles tendait à éloigner de l'administration de la justice les hommes d'épée, pour la concentrer entre les mains des légistes. Mais les inconvénients du nouveau mode subsistèrent longtemps après que l'utilité en eut cessé. Les ordonnances de 1667 et de 1670 maintinrent le secret, tant au civil qu'au criminel. Il y avait toutefois cette différence essentielle entre les deux juridictions, qu'en matière civile il y avait secret en ce sens seulement que les témoins ne déposaient point à l'audience, tandis qu'en matière criminelle il était expressément interdit aux greffiers de communiquer les informations. (Ord. de 1670, tit. VI, art 15.) Enfin, l'Assemblée constituante, par la loi du 29 septembre 1791, décida qu'en matière criminelle les témoins seraient entendus à l'audience. Le 7 fructidor an III, la Convention rendit un décret qui fit la même innovation en matière civile. Malheureusement ce décret se contenta de poser le principe, sans établir de règles fixes pour l'exécution, et il en résulta une extrême confusion dans les enquêtes. Aussi un arrêt consulaire du 18 fructidor an VIII revint-il purement et simplement à l'ordonnance de 1667. Le Code de procédure, bien qu'avec d'assez importantes modifications, s'en est tenu également au système de l'enquête sans publicité. Devant les tribunaux criminels, au contraire, l'audition publique des témoins n'a jamais cessé depuis 1791.

249. Y a-t-il de bonnes raisons pour établir entre les deux juridictions une ligne de démarcation aussi tranchée? Il est assez difficile de justifier en principe cette distinction. Elle a été combattue, non-seulement par des théoriciens quelquefois suspects de trop de hardiesse, tels que Bentham, mais encore par Boncenne, toujours si préoccupé des besoins de la pratique; par Boitard, cet esprit à la fois si sage et si élevé; plus récemment encore un éminent conseiller à la Cour de cassation, M. Lavielle, est venu joindre aux réclamations de la doctrine l'autorité de son expérience[1]. (*Études sur l'administration de la justice civile, Revue critique*, t. XII, pag. 318 et suiv.) Les avantages qu'offre la publicité, soit pour permettre au juge de saisir la vérité en observant l'accent des témoins, l'expression de leurs visages, leur contenance tout entière[2], soit pour garantir la véracité des témoins par le contrôle d'un auditoire qui peut souvent les démentir, sont absolument les mêmes dans l'une et l'autre hypothèse. Les reproches qui ont été adressés au système de la loi du 7 fructidor an III par l'orateur du Tribunat, lors de la présentation du Code de procédure au Corps législatif, se réduisent à trois : la crainte que les témoins ne soient intimidés par l'appareil de l'audience; le danger de rixes, de nature à compromettre la dignité du tribunal; enfin l'inconvénient d'occuper le tribunal tout entier, et non plus un seul juge. Les deux premières objections prouvent trop, car elles tendraient à faire croire que la publicité est souverainement dangereuse en matière criminelle, où il importe bien plus que les témoins soient à l'abri des menaces, et où

[1] « Les enquêtes », dit M. Lavielle, « sont l'instrument écrit de la preuve « testimoniale, instrument compliqué, imparfait, fragile, cher. »

[2] C'est en ce sens qu'Adrien disait (L. 3, § 3, D., *De testib.*) : *Testibus se, non testimoniis creditturum.* Il est presque aussi nécessaire, dit M. Lavielle, *de voir l'enquête que de l'entendre.* C'est ce que les jurisconsultes allemands appellent le principe de l'examen immédiat (*unmittelbarkeit*).

les passions dont on craint l'explosion sont bien plus vivement excitées. Et cependant l'expérience a fait justice de ces craintes, qui se sont rarement réalisées, là où la preuve testimoniale a été administrée à l'audience. La troisième critique est plus grave, au point de vue pratique. La nécessité d'employer trois juges au lieu d'un seul, pour le même service, pourrait embarrasser un assez grand nombre de tribunaux, déjà surchargés d'affaires. Il est vrai qu'on répond à cette objection qu'alors la loi se contredit elle-même, puisqu'elle prescrit l'audition publique des témoins en matière sommaire. Mais qui ne voit que, lorsqu'il s'agit d'un petit nombre de témoins, il est plus simple de les entendre de suite que de les renvoyer devant un juge-commissaire, pour prendre ensuite connaissance des procès-verbaux, tandis que si l'enquête doit être fort longue, le renvoi fera gagner au tribunal un temps considérable? Sans doute, la procédure écrite a aussi ses longueurs, à raison des nullités qu'on peut souvent y invoquer; mais ces incidents, qui après tout ne sont qu'éventuels, absorbent-ils en moyenne tout le temps qu'exigerait l'audition publique des témoins? Il est permis d'en douter. L'expérience du canton de Genève, où la publicité de l'enquête a été rétablie au civil par la loi de procédure de 1819, ne saurait être décisive pour nous. En effet, d'après l'exposé des motifs de M. Bellot, la moyenne des enquêtes, au tribunal civil de Genève, ne dépassait pas le chiffre de cinq par an. Là où le poids était si léger, la surcharge n'a pas pu être bien sensible. Nous serions assez porté à croire, non que l'enquête publique ne vaut pas mieux que l'enquête secrète, mais qu'un changement de législation en cette matière ne saurait s'improviser, et devrait se combiner avec une modification de l'organisation judiciaire, qui l'adaptât à cette importante réforme. Le Code de procédure italien (art. 248) laisse au tribunal la faculté de retenir

l'enquête ou de la renvoyer devant un juge-commissaire. Tel est aussi le système adopté chez nous, dans le projet de réforme du Code de procédure. (Art. 218.)

250. Entrant maintenant dans les détails de la législation actuelle, occupons-nous d'abord de l'audition des témoins dans les matières civiles ordinaires, où on s'est moins écarté des errements de l'ancienne jurisprudence. Nous parlerons ensuite de l'enquête orale, d'abord dans les matières civiles sommaires, puis au criminel.

PREMIÈRE FORME DE L'ENQUÊTE.

ENQUÊTE ÉCRITE.

(Matières civiles ordinaires.)

SOMMAIRE. — 251. Origine de nos *enquêtes*. — 252. Marche que nous suivrons pour l'étude de l'enquête.

251. La délégation de certains magistrats pour aller recueillir les dépositions, délégation motivée dans l'origine par l'éloignement des témoins, est très-ancienne dans notre pratique française : « Tex manières de gens », dit Beaumanoir (ch. XL), « qui sunt baillié por oïr tesmoins, sunt « apelé *auditeur*, porce que ils doivent oïr ce que li tesmoins « diront, et fere escrire lor dit, et seeler de lor seaus, et « raporter le dit des tesmoins escris et seelés en jugement, « par devant les jugeurs à qui le querele apartient à jugier. » Nous trouvons en effet dans les *Olim*, qui constatent les décisions du Parlement de Paris dès le temps de saint Louis, un nombre considérable d'arrêts rendus à la suite d'enquêtes. (Voy. les curieux détails donnés par M. le comte Beugnot sur les plus anciennes enquêtes, dans la note première de son travail sur les *Olim*.) Nous avons même encore plusieurs enquêtes originales, qui remontent au temps de Philippe

Auguste. (Voy. ces textes à la fin de la note citée.) Les auditeurs ou *enquêteurs* procédaient d'abord publiquement[1], c'est-à-dire en présence des intéressés. Mais bientôt l'usage s'introduisit de faire seulement assister les parties au serment des témoins, afin qu'elles pussent proposer leurs reproches. Après l'achèvement de l'enquête, il y avait *peuplement*, c'est-à-dire communication de l'enquête. Telle fut la marche qui demeura en vigueur dans la procédure civile, l'enquête étant signifiée, puis débattue à l'audience. Dans la procédure criminelle, on alla plus loin encore : le système qui fut généralisé en 1539 ayant fait disparaître la publicité même de l'audience, l'*information*, c'est-à-dire l'audition des témoins, devint entièrement secrète. En toute matière, la délégation de l'enquête, en habituant les tribunaux à juger sur pièces, contribua puissamment à la transformation de la procédure. Des chambres spéciales, connues sous le nom de *chambres des enquêtes*, furent établies dans les parlements, pour juger les affaires où il y avait lieu à prouver par témoins : *Pro audiendis et decidendis inquestis*, dit une ordonnance de 1291, *sedeant quatuor personæ de consilio*. La forme des enquêtes écrites était réglée dans l'ancienne jurisprudence par l'ordonnance de 1667. Nous allons voir que la marche de cette ordonnance, déjà meilleure que celle du droit antérieur, a encore été notablement améliorée par le Code de procédure civile.

252. Jetons d'abord un coup d'œil sur l'ensemble de l'enquête. Nous nous demanderons ensuite par quelles sanctions la loi a garanti l'assistance et la véracité des témoins, puis quelles sont les personnes dont la déposition est repoussée d'une manière plus ou moins absolue. Nous

[1] L'*inquisition*, sorte d'enquête spéciale (*inquisitio*), était elle-même publique dans l'origine. Ce fut le pape Boniface VIII qui y introduisit le secret, sous prétexte du danger que pouvaient courir les témoins.

terminerons par l'appréciation des témoignages, et par l'examen de l'influence de l'enquête sur la décision définitive.

§ 1. MARCHE GÉNÉRALE DE L'ENQUÊTE.

SOMMAIRE. — 253. L'enquête enfermée dans des délais rigoureux. — 254. Admissibilité de l'enquête d'*examen à futur*. — 255. Des actions *provocatoires* en général. — 256. Articulation des faits. — 257. Admission de l'enquête et de la contre-enquête. — 258. Délais pour commencer l'enquête. — 259. Renvoi à la procédure pour les nullités. — 260. Système du Code de procédure sur les délais d'enquête, comparé à celui de l'ordonnance. — 261. Admission des parties. — 262. Vice dans le mode d'assignation des témoins. — 263. Faculté de recommencer l'enquête.

253. La même défiance qui a fait restreindre singulièrement l'admissibilité de la preuve testimoniale, a porté le législateur à imposer aux enquêtes des formes rigoureuses, dont l'inobservation entraîne nullité. Il semble que, dans les cas même où cette preuve a été reçue en matière civile, on veuille l'enfermer dans une sorte de cercle de Popilius, hors duquel il lui soit défendu de se mouvoir. Cette rigueur atteint-elle le but que s'est proposé la loi? C'est ce que nous examinerons bientôt, quand nous aurons des éléments suffisants pour pouvoir nous prononcer en connaissance de cause.

254. Quand une enquête peut-elle être ordonnée? Faut-il nécessairement supposer une procédure déjà entamée, dont l'enquête serait un incident, aux termes de l'article 252 du Code de procédure, qui prescrit d'articuler les faits par un simple acte de conclusion, d'avoué à avoué? Ou bien faut-il dire que cet article statue seulement *de eo quod plerumque fit*, et admettre les enquêtes *in futurum*, abolies par l'ordonnance de 1667? (Titre XIII, art. 1er.) Il n'est pas douteux en fait que ces enquêtes ne puissent offrir de l'utilité. On peut craindre de se trouver privé, lors de l'échéance de l'obligation, d'un témoin essentiel, s'il est âgé, malade, ou sur le point d'entreprendre un long voyage. La partie qui demande à faire à ses propres frais une enquête qui bientôt

deviendrait impossible, est extrêmement favorable, et l'opposition de la partie adverse en pareille circonstance ressemble fort à de la mauvaise foi [1]. Cette procédure avait été puisée par le droit canonique dans un texte d'Ulpien (L. 3, § 5, D., *De Carbon. edict.*), où il décide que l'application de l'édit Carbonien, qui renvoyait à l'époque de la puberté de l'enfant le jugement des questions d'état qui le concernaient, doit cesser, lorsqu'on a juste sujet de craindre que les témoins ne viennent à manquer : *aut stulti aut iniqui prætoris erit rem differre.* (Voy. aussi Paul, L. 40, D., *Ad leg. Aquil.*) Quel motif porta donc les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 à abolir ces enquêtes? L'abus qu'on en avait fait dans la pratique. Sans doute, nos anciens jurisconsultes avaient posé en principe que l'enquête *d'examen à futur* devait, comme toute autre, s'opérer contradictoirement. *Etiam si testes,* dit Mascardus (*De probat.*, concl. 1382, n° 3), *extraordinarie examinarentur, veluti ad æternam rei memoriam, adhuc parte citata deponere debent.* Mais cette règle était mal observée. On obtenait de la chancellerie, sur la simple allégation de la maladie ou du prochain voyage d'un témoin important, la permission de faire une enquête de cette nature, sans communication à la partie adverse; et lorsque l'enquête était terminée, le témoin moribond recouvrait la santé, ou bien le témoin voyageur renonçait à quitter son pays. Ces abus parurent tellement invétérés au dix-septième siècle, qu'on désespéra de les corriger, et qu'on aima mieux supprimer l'institution. Aujourd'hui ils ne peuvent guère se reproduire. La chancellerie n'a plus le pouvoir d'ordonner d'autorité l'administration d'une preuve qui ne serait pas permise par les tribunaux; on n'y procédera donc

[1] Il est bien entendu que les frais de l'enquête sont à la charge de celui qui la provoque, ainsi que l'a jugé la Cour de Besançon, le 31 août 1841.

jamais qu'en connaissance de cause. Les formes de l'enquête exigent impérieusement la communication à l'autre partie. La prohibition n'aurait donc plus aujourd'hui de motifs sérieux; d'ailleurs l'abrogation prononcée par l'ordonnance n'est plus reproduite par le Code de procédure, qui ne fournit, en faveur de la prohibition, qu'un argument *a contrario*. C'est donc avec raison que les Cours de Nîmes (arr. des 6 janvier et 29 mars 1808) et de Rennes (arr. du 31 décembre 1809) ont validé, à raison de l'urgence, l'exécution provisoire de l'enquête ordonnée en première instance, nonobstant appel, en dehors des cas où cette exécution est autorisée. La Cour de Besançon (31 août 1844) a autorisé une expertise et une enquête *in futurum*; la Cour de Paris (20 mars 1835 et 27 décembre 1836) une expertise de même nature. (En sens inverse, Rennes, 18 mars 1821.) Et on ne saurait soutenir qu'il suffit en pareil cas de faire déposer les témoins devant un notaire. Une enquête qui n'est pas contradictoire ne peut me fournir une garantie sérieuse contre la mauvaise foi de mon adversaire. L'admission de cette procédure a l'avantage de mettre les règles sur la preuve testimoniale en harmonie parfaite avec les dispositions de la loi sur la preuve littérale, qui autorisent la demande en reconnaissance d'écriture avant l'échéance [1].

255. On se demande, au surplus, si généralement il convient d'admettre dans notre législation les actions dites

[1] Le Code de procédure néerlandais (liv. III, tit. VI, sect. 9) a consacré le système de l'*enquête provisoire*, connu dans les anciens usages de la Hollande sous le nom d'*enquête valétudinaire*, à raison des craintes relatives à la santé des témoins, qui motivent souvent cette procédure spéciale. L'acte judiciaire des États-Unis (stat. de 1787, ch. XX, § 30), dont plusieurs États ont reproduit les dispositions dans leurs statuts, consacre la faculté d'entendre des témoins *in perpetuam rei memoriam* (M. Greenleaf, tom. I, p. 432 et suiv.), faculté qui se retrouve dans la procédure d'Autriche (Code de 1782, § 241 et suiv.), et dans le Code de procédure italien de 1866. (Art. 251.)

provocatoires (*provocatio ad agendum*), que les anciens interprètes avaient rattachées à la loi *Si contendat* et à la loi *Diffamari*. La première de ces lois est relative au bénéfice de division réclamé par la caution. « Si contendat fidejus-« sor », dit Paul (L. 28, D., *De fidej.*), « cæteros sol-« vendo esse, etiam exceptionem ei dandam, si non et illi « solvendo sint. » Le fidéjusseur actionné forçant ainsi le créancier à intenter également une action contre les autres fidéjusseurs, les interprètes allemands en ont conclu qu'il est toujours permis de contraindre le demandeur présumé à intenter sa demande dans un délai déterminé, lorsqu'il y a lieu de craindre la perte de certains moyens de défense, si la demande était différée. L'autre texte, celui dont on s'est surtout appuyé dans la jurisprudence française, est une constitution de Dioclétien (L. 5, Cod., *De ing. manum*) conçue en ces termes : « Diffamari statum ingenuorum, seu « errore, seu malignitate quorumdam periniquum est : præ-« sertim quum affirmes, diu presidem unum atque alterum « interpellatum a te, vocitasse alteram partem, ut contra-« dictionem faceret, si defensionibus suis confideret; unde « constat merito rectorem provinciæ commotum allegatio-« nibus tuis sententiam dedisse, ne de cætero inquietudinem « sustineres. Si igitur adhuc adversa pars perseverat in « eadem obstinatione, aditus præses provinciæ ab injuria « temperari præcipiet. » Cette décision, malgré la réclamation de certains jurisconsultes, a été généralisée par l'ancienne jurisprudence française. (Merlin, *Répert.*, v° DIFFAMARI.) S'appuyant sur un autre texte (Diocl., L. 4, Cod., *De usur. pupill.*), nos parlements permettaient à celui contre lequel une personne se vantait d'avoir certaines actions à exercer, de contraindre cette personne à exercer ces actions dans un certain délai, à peine de déchéance. Les chartes du Hainaut avaient sur ce point une disposition formelle

(chap. XLI) : « Tous manants de notre pays de Hainaut « étant menacés par aucuns particuliers, faisant courir le « bruit de les poursuivre par quelque action que ce soit, « réelle ou personnelle, pourront faire plainte en notredite « Cour, pour là, en droit, être poursuivis et bailler terme à « partir de faire la poursuite à peine de privation, sauf « pour matière de crimes dont justice voudrait se mêler, « auquel cas on ne sera reçu à faire cette plainte [1]. »

Si nous avions à examiner ici la question en droit romain, il ne nous serait pas difficile d'établir que les dispositions des lois *Si contendat* et *Diffamari* ont un caractère tout exceptionnel, et que, suivant la rigueur des principes, c'est au demandeur seul à déterminer quand il lui convient d'agir [2]. (Paul, L. 5, § 6, D., *De dol. mal. except.*) Il n'en est pas moins vrai que la doctrine puisée dans ces lois, pourvu que l'on n'en abuse pas en attachant de l'importance à des propos insignifiants, tend à réprimer un véritable abus ; car celui qui a des moyens de défense qu'il est menacé de perdre, doit pouvoir se mettre en mesure de les conserver, et il n'est pas moins nécessaire de faire cesser des propos de nature à compromettre la réputation d'un prétendu débiteur. Aussi beaucoup de législations européennes appliquent-elles encore aujourd'hui ces textes de la loi romaine. (Voy. Fœlix, *Droit international privé*, 3e édit., n° 189, avec la note de M. Demangeat.) Chez nous, il est évident d'abord que toutes les fois que les propos allégués présenteront un caractère injurieux, il y aura lieu à appliquer la législation

[1] L'action de *jactance* était également admise en Savoie, avant l'annexion, avec l'obligation, pour l'assigné, en jactance, de faire la preuve de son droit, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation. (Rej., 29 mai 1866.) Nous trouvons une action semblable dans le règlement de procédure de Hongrie de 1868. (Tit. IX, chap. IV.)

[2] C'est même là l'origine de la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, puisque celui qui avait une exception ne pouvait en faire usage dans un délai déterminé.

spéciale sur la diffamation et sur l'injure, dont nous avons exposé les principes. (N^os^ 65 et suiv.) Lors même qu'il n'y a pas injure, s'il y a préjudice, une action en réparation civile est ouverte, aux termes de l'article 1382 du Code civil. C'est ainsi que le tribunal de Brignoles a autorisé un jeune homme à prouver par témoins qu'une jeune fille se vantait à tort d'avoir un billet par lequel il lui promettait de l'épouser ou de lui payer cinq mille francs. (Jug. du 3 août 1836.)

Voilà pour ce qui concerne la loi *Diffamari*. Quant à la loi *Si contendat*, il nous paraît impossible d'en généraliser l'application, et de forcer le créancier, sous peine d'être condamné à un perpétuel silence, ainsi que l'a jugé la Cour d'Aix le 19 juillet 1813, à intenter une action pour laquelle il peut lui être indispensable de préparer mûrement ses moyens. Nous serions dès lors disposé à accorder seulement au défendeur éventuel, dans certains cas d'urgence bien démontrés, la faculté de faire prononcer contradictoirement sur la valeur des moyens qu'il invoque, sans obliger pour cela le prétendu créancier à exercer l'action principale : ce qui nous paraît trop exorbitant[1]. On a donc autorisé avec raison (Caen, 4 août 1852) le veuf qui se disposait à contracter mariage, à discuter d'avance contradictoirement avec sa belle-mère si le convol devait faire cesser un avantage à lui fait par contrat de mariage. La Cour de Toulouse (arr. du 28 novembre 1848) a, au contraire, dénié au juge le droit d'interpréter à l'avance les clauses d'un acte pour une hypothèse purement éventuelle[2]. Enfin, la

[1] Dans l'espèce de la loi *Si contendat*, il est à remarquer qu'on n'oblige pas le créancier à agir, mais seulement à diviser l'action par lui intentée.

[2] En matière administrative, on admet difficilement l'action pour un dommage aussi éventuel. Ainsi, le Conseil d'État (10 février 1855) a déclaré les intéressés non recevables à réclamer une indemnité pour un nivellement arrêté, mais non encore réalisé.

demande ne peut plus être considérée comme simplement éventuelle (Bordeaux, 25 février 1861), lorsqu'il y a eu un procès-verbal de conciliation, non suivi d'instance, et le défendeur peut alors forcer le demandeur à s'expliquer en justice. (Voy. sur cette matière délicate les arrêts cités par Devilleneuve, et ses observations, ann. 1850, part. II, pag. 1.) Nous aurons, du reste, à revenir sur ce point, quand nous traiterons du faux incident.

256. L'argument *a contrario* que l'on prétend tirer contre notre opinion du texte de l'article 252, est d'autant plus faible que cet article a un tout autre but, celui de reproduire une disposition de l'ordonnance (tit. XX, art. 2), qui fut en 1667 une salutaire innovation. Jusqu'à cette époque, les plaideurs se signifiaient des requêtes, des répliques et des dupliques, jusqu'à ce qu'ils fussent d'accord sur les faits à prouver. Cet abus fut alors supprimé. De là le simple acte de conclusion, sans écritures ni requête, dont parle le Code de procédure, acte qui, dans la pensée des rédacteurs, n'est pas opposé à un exploit, auquel ils ne songeaient nullement, mais bien à une requête développée, laquelle est rejetée par le Code, en ce sens qu'elle ne serait pas allouée en compte. (Tarif, art. 71.) Il ne s'agit après tout que d'une question de tarif, et non pas d'une nullité. Cette articulation des faits n'est que la mise en œuvre du principe posé par Beaumanoir (*loc cit.*), que la partie qui veut faire ouïr des témoins « doit bailler as auditeurs les « articles sor les quix li tesmong doivent être oy. » La partie adverse doit, également par un simple acte (même art. 252), dénier ou reconnaître les faits dans les trois jours. On pense généralement, ainsi que l'a jugé la cour de Colmar le 6 juin 1822, que ce délai n'est point fatal, et que vous pouvez dénier tant que l'adversaire n'a pas pris acte de votre silence. Au surplus, l'articulation des faits à l'avance

n'est point prescrite à peine de déchéance, sauf à la partie adverse, quand les faits sont articulés à la barre, à demander un délai pour s'expliquer (Cass., 21 juin 1837; Colmar, 24 novembre 1857).

S'il n'y a pas dénégation, les faits *peuvent* être tenus, dit la loi, pour confessés ou avérés. On doit conclure de là, non-seulement ce qui est évident, que, dans les cas où l'aveu ne fait pas preuve, comme dans les questions de séparation de corps, l'enquête sera toujours ordonnée; mais encore que, dans tous les cas, le juge sera autorisé à apprécier les motifs du silence de l'avoué, par exemple, le défaut de pouvoirs ou l'absence de son client, et à lui accorder un nouveau délai.

257. En supposant les faits déniés, la preuve n'en doit être reçue (art. 253, *ibid.*) qu'à deux conditions : 1° qu'ils soient admissibles, c'est-à-dire concluants et vraisemblables en eux-mêmes, ainsi que nous l'avons expliqué dans nos notions générales sur la marche de la preuve; 2° que la loi n'en défende pas la constatation, soit qu'elle prohibe la révélation du fait même, comme s'il s'agit d'une filiation incestueuse et adultérine, soit qu'elle en prohibe seulement la preuve par témoins, comme dans les cas nombreux où nous avons vu que cette preuve n'est pas admise. La première de ces conditions, celle qui touche à l'admissibilité des faits, est laissée à l'appréciation du juge (Rej., 21 juin 1827)[1]. La seconde seule, celle qui concerne l'étendue des prohibitions légales, peut donner lieu à un pourvoi en cassation. Le tribunal, du reste, en se conformant aux mêmes restrictions, a toujours la faculté d'ordonner la preuve

[1] Il faut toutefois que le juge spécifie les motifs de la non-admissibilité des faits. Il y aurait lieu à cassation pour défaut de motifs, si le jugement se bornait à déclarer *la preuve de tel ou tel fait non admissible par témoins*. (Cass., 21 août 1840.)

d'office (art. 254, *ibid.*). Au contraire, il n'est pas obligé de l'ordonner, par cela seul qu'une partie la réclame, même en supposant le concours de toutes les conditions exigées, si les autres documents de la cause suffisent pour l'éclairer. (Rej., 9 novembre 1814 et 18 août 1836.)

La preuve contraire est de droit (art. 256, *ibid.*). Mais il ne faut pas confondre la contre-enquête, où l'on administre cette preuve contraire, avec l'enquête également principale, qui tend à établir des faits différents, et non pas simplement à contredire les assertions du demandeur. Ainsi, une enquête ayant lieu pour établir contre moi l'existence d'une créance de cent cinquante francs au plus, je pourrai, de mon côté, sans avoir fait aucune réserve dans le jugement interlocutoire, assigner des témoins pour justifier que je n'ai jamais contracté la dette. Mais si je soutenais qu'il y a eu payement ou remise, j'alléguerais un fait nouveau, pour lequel j'aurais besoin d'obtenir l'autorisation spéciale de faire la preuve par témoins. Cette seconde enquête pourrait donner lieu, à son tour, à une contre-enquête de la part du demandeur primitif.

Si la contre-enquête ne peut porter sur des faits qui ne sont pas la négation directe de ceux que le demandeur allègue, le demandeur, lui, pourra-t-il faire porter l'enquête sur des points qui n'ont pas été visés dans le jugement, où se trouvent cotés les faits à prouver (art. 255, *ibid.*)? Nul doute que le juge-commissaire ne puisse se refuser à entendre des dépositions qui sortiraient du cercle tracé par le tribunal. Mais si, en fait, de pareilles dépositions ont été reçues, on se demande s'il sera permis aux juges d'en tenir compte pour motiver leur décision. En faveur de l'affirmative, admise par un arrêt de rejet du 4 février 1836, on dit que le tribunal, en articulant les faits sur lesquels doit porter l'enquête, entend lier les parties, mais non pas se lier

lui-même ; que, pourvu qu'il estime vrais dans sa conscience les points qui ressortent de l'enquête, peu importe que ces points figurent à l'avance dans tel ou tel acte. Nous trouvons plus conforme à l'esprit de la loi un arrêt du 6 juillet 1840, où la Cour de Bordeaux refuse au demandeur la faculté de faire entendre des témoins sur des faits nouveaux, de peur que cette faculté ne devienne un piége pour le défendeur, si, enfermé dans de courts délais, il ne pouvait contredire des allégations tout à fait imprévues. Cette doctrine respecte davantage le principe de la liberté de la défense, qui exige une complète égalité de position entre les deux parties[1]. Après tout, l'indépendance du juge n'est pas compromise, puisqu'il peut toujours ordonner une seconde enquête, si, dans la première, le litige a pris une nouvelle face.

258. De crainte que l'on n'ait trop de facilité pour séduire les témoins, notre Code de procédure, comme celui de l'Autriche (Cod. de 1782, § 210), s'est départi ici de la latitude accordée d'ordinaire aux parties pour l'exécution des décisions interlocutoires. Il établit deux délais de huitaine, l'un pour ouvrir, l'autre pour terminer l'enquête.

Le premier de ces délais (C. de proc., art. 257) court, pour les jugements contradictoires, à partir de la signification à avoué, et pour les jugements par défaut non susceptibles d'opposition, comme ceux qui sont rendus après jonction de défaut (*ibid.*, art. 153), à partir de la signification à personne ou domicile. « Si le jugement est suscepti- « ble d'opposition », ajoute l'article 257, « le délai courra

[1] Mais c'est aller trop loin, suivant nous, que de décider, avec la Cour de Bordeaux (arr. du 26 juin 1830), que la preuve ne saurait porter sur des faits nouveaux, même du consentement de la partie adverse. Il n'y a plus alors aucun piége à craindre. C'est ainsi que nous avons reconnu l'admissibilité de la preuve testimoniale en cas d'accord des parties intéressées. (N° 177.)

« du jour de l'expiration des délais de l'opposition. » Point de difficulté s'il s'agit d'un jugement par défaut faute de conclure. La huitaine pour commencer l'enquête commence après l'expiration d'un premier délai de huitaine à partir de la signification à avoué, délai pendant lequel l'opposition est recevable (*ibid.*, art. 157.) Que s'il s'agit du défaut de comparaître, l'opposition, aux termes de l'article 158, est recevable jusqu'à l'exécution du jugement. Mais l'exécution du jugement, c'est l'ouverture même de l'enquête. Si donc cette exécution était le point de départ du délai de huitaine établi par l'article 257, il faudrait dire que la loi accorde huitaine pour faire enquête, à partir de l'ouverture même de l'enquête : ce qui implique évidemment contradiction. L'opinion la plus raisonnable, parfaitement mise en lumière par Boitard (Commentaire sur cet article 257), consiste à supposer que le législateur n'a pas eu présente à la pensée la distinction qu'il avait introduite, contrairement à l'ordonnance de 1667, entre les deux natures de défaut; et que dès lors, dans le second cas comme dans le premier, les *délais de l'opposition* doivent s'entendre, comme autrefois, d'un délai de huitaine à dater de la signification du jugement. Après tout, il s'agit d'examiner, non jusqu'à quand l'opposition est recevable, elle l'est effectivement jusqu'à l'ouverture de l'enquête, mais pendant quel délai la faculté de former opposition suspend l'exécution du jugement. Eh bien, ce délai est ici, comme partout ailleurs (*ibid.*, art. 155), de huitaine, à partir de la signification. Les *délais de l'opposition* ne sont donc autres que les délais pendant lesquels l'exécution du jugement est suspendue à raison de la faculté de l'opposition. Ces délais se confondent avec ceux de l'opposition, dans le défaut faute de conclure; dans le défaut faute de comparaître, au contraire, le délai de huitaine n'a d'autre effet que de suspendre l'exécution, l'opposition

demeurant recevable dans la huitaine suivante, tant qu'il n'y a pas eu exécution de l'enquête.

Le délai pour interjeter appel n'est pas suspensif (Orléans, 5 mai 1849); mais l'appel interjeté, ainsi que l'opposition formée, produisent leur effet ordinaire, contrairement à ce qui avait lieu sous l'ordonnance de 1667 (tit. XXII, art. 2).

Sans s'attacher à l'adage : *Nul ne se forclôt soi-même*, adage qu'appliquait l'ordonnance de 1667, la loi, dans un intérêt de célérité et d'économie, veut que la signification du jugement fasse courir les délais pour ouvrir l'enquête, non-seulement contre la partie adverse, mais encore contre celle-là même qui a signifié le jugement.

Le délai ne peut être prorogé qu'au cas de nécessité à raison de la distance (*ibid.*, art. 258). Toute autre prorogation annulerait l'enquête. (Cass., 13 novembre 1816.)

259. Quant aux nullités qui peuvent résulter, soit de l'inobservation de ces délais, soit de l'irrégularité des assignations faites aux parties et aux témoins, ce serait sortir de notre sujet que de nous y arrêter; le lecteur peut se reporter aux ouvrages spéciaux sur la procédure. Remarquons seulement que le point de départ de ces délais si rigoureux est une signification qui peut tarder, et qui tarde souvent dans la pratique. On peut donc, dans l'intervalle, pressentir les témoins, et la brièveté du temps qui la suit n'est plus qu'un remède illusoire[1]. Nous allons voir que cette contradiction n'est pas la seule qu'offre le système de la loi.

260. L'ordonnance de 1667 (tit. XXII, art. 2) avait voulu que l'enquête s'ouvrît effectivement dans la huitaine

[1] La loi ne s'expliquant point sur le retard de la signification, *ce serait* arbitrairement que la partie adverse voudrait faire prononcer la déchéance du droit de provoquer l'enquête; c'est à elle à signifier pour faire courir les délais. (Bourges, 19 mars 1851.)

de la signification. A partir de cette ouverture commençait le second délai de huitaine, dans lequel l'enquête devait être parachevée. Ainsi, sauf prorogation pour justes causes, tout devait être terminé dans la quinzaine de la signification. L'affaire devait donc marcher avec une extrême rapidité. Malheureusement ce système était souvent impraticable. Comme on n'y tenait pas compte de la possibilité de l'éloignement des témoins, il arrivait fréquemment que le juge n'avait aucun témoin présent à entendre dans la huitaine de la signification, et on exécutait alors la loi d'une manière dérisoire, en assignant la première personne venue, qui déclarait ne rien savoir touchant les faits allégués. Le délai de huitaine, à partir de cette déposition fictive, devenait à son tour insuffisant, et il fallait de toute nécessité obtenir une prorogation. Le Code de procédure, convertissant en loi un expédient imaginé par les praticiens, n'a plus voulu exiger, ce qui est souvent impossible dans un court délai, l'ouverture réelle de l'enquête. « L'enquête », dit l'article 259, « est censée commencée, pour chacune des parties « respectivement, par l'ordonnance qu'elle obtient du juge-« commissaire, à l'effet d'assigner les témoins aux jour et « heure par lui indiqués. » Mais le point de départ du second délai de huitaine, que l'on donne pour achever l'enquête, n'est plus fixe comme autrefois. « L'enquête », dit l'article 278, « sera respectivement parachevée dans la huitaine « de l'audition des premiers témoins. » Le jour de cette audition, c'est-à-dire de l'ouverture réelle de l'enquête, est laissé à la discrétion du juge, qui doit combiner les délais des assignations de manière que les témoins les plus éloignés puissent faire leur déposition avant l'expiration du temps fixé ; sauf prorogation ordonnée par le jugement interlocutoire, soit à l'avance, soit sur la demande des parties pendant les délais. (*Ibid.*, art. 278, 279.) Les mots *respecti-*

vement parachevée s'entendent, d'après les observations du Tribunat, en ce sens que l'enquête et la contre-enquête peuvent avoir chacune leur point de départ spécial, pourvu que chacune d'elles n'absorbe pas plus de huit jours, y compris celui de l'audition des premiers témoins. On voit qu'il y a un second intervalle indéfini entre l'ouverture fictive de l'enquête par la délivrance de l'ordonnance du juge-commissaire, et l'ouverture réelle, qui a lieu lors de la première déposition. Nous sommes loin de critiquer la modification raisonnable qu'a subie le système de l'ordonnance; mais que devient alors cette accélération extrême de la procédure, que l'on suppose nécessaire pour prévenir la corruption? Il ne faut pas un temps si considérable pour séduire un témoin, qu'on ne puisse y parvenir, lorsqu'on a pour le faire deux intervalles indéfinis, joints à deux délais de huitaine. Ce n'est pas tout encore. L'ordonnance exigeait qu'on poursuivît l'enquête nonobstant opposition ou appel : ce qui était rigoureux, mais parfaitement conséquent. Le Code de procédure ayant abandonné ce système, il est clair qu'on peut se ménager un temps considérable par la voie de l'opposition ou de l'appel, et déjouer ainsi toutes les combinaisons du législateur. Après cela, que doit-on penser des décisions judiciaires (Voy. notamment un arrêt de la Cour de Pau du 28 novembre 1857) qui n'accordent, après la signification de l'arrêt confirmatif, que la partie du délai pour faire enquête qui restait à courir lors de l'appel interjeté; de sorte que, si l'appel avait eu lieu le huitième jour à dater de la signification du jugement de première instance, il ne resterait plus qu'un jour au plus pour ouvrir l'enquête, à partir de la signification de l'arrêté confirmatif? Comment n'a-t-on pas senti que cette rigueur était en pure perte, lorsque les parties avaient eu à leur disposition tout l'intervalle qui précède la procédure d'appel et toute la durée de cette pro-

cédure? Le résultat le plus net de ce système contradictoire, dont le projet de réforme du Code de procédure propose l'abandon, c'est la multiplication des nullités, dont l'utilité est loin d'être prouvée[1]. A ces nullités viennent se joindre toutes les nullités de forme dont cette procédure est hérissée. On pourrait se donner, » dit M. Lavielle (*loc. cit.*), « la triste et pénible satisfaction de calculer les millions[2] « enfouis dans ces enquêtes inutiles.... Il est un moyen « simple et court de corriger ce long titre des enquêtes, « c'est de le supprimer complétement et d'en soulager le « Code, le plaideur et le juge. » Quant aux délais du moins, certains parlements suivaient autrefois une marche plus sage. Nous lisons dans le Répertoire de Merlin (v° ENQUÊTE, § 2, art. 1) : « Il n'en est point ainsi en Béarn et en Navarre, « où l'on ne suit point l'ordonnance de 1667 : les parties « sont à temps de commencer et de rapporter leurs enquê- « tes jusqu'au jugement définitif; et si elles ne les rappor- « tent point après quelques délais qui leur sont accor- « dés, on procède au jugement dans l'état où est le procès. « Cette crainte opère seule le bien que l'ordonnance a eu en « vue en fixant les délais pour commencer et parachever « l'enquête, et une partie n'est privée du droit d'y faire pro- « céder que parce qu'elle le veut. »

261. Néanmoins, une grande amélioration apportée par le Code de procédure à la marche de l'ordonnance, c'est l'admission des parties à l'enquête (*ibid.*, art. 261), où autrefois chaque témoin déposait seul devant le juge-commissaire, les parties n'étant appelées qu'à la prestation du

[1] Ce système est d'autant plus rigoureux qu'aux termes d'un arrêt de cassation du 11 décembre 1850, la nullité prononcée par l'article 278, au cas où l'enquête n'a pas été parachevée dans la huitaine, porte sur l'enquête entière, et non pas seulement sur les dépositions faites après la huitaine.

[2] Une enquête coûte, en moyenne, de 300 à 400 fr.; il n'est pas rare que le coût s'en élève à 2,000 fr.

serment des témoins, qui se faisait alors collectivement et à l'avance. Pratiquée sous l'empire du décret du 7 fructidor an III, cette admission fut reconnue si utile pour le contrôle des dépositions, qu'elle prévalut au Conseil d'État, malgré les répugnances de l'opinion, alors trop en crédit, qui s'attachait avec complaisance aux errements du passé.

On assigne la partie, trois jours au moins avant l'audition, au domicile de son avoué[1]. Ici la loi n'indique pas expressément, comme elle le fait pour l'assignation des témoins (*ibid.*, art. 260), une augmentation de délai à raison de l'éloignement du domicile de la partie. Plusieurs Cours d'appel avaient dès lors jugé que le délai de trois jours était fixe : conclusion déplorable, qui mettait dans l'impossibilité d'assister à l'enquête, ou du moins d'envoyer à temps d'utiles renseignements, les personnes qui ne se trouvaient pas sur les lieux. La Cour de cassation est entrée dans le véritable esprit de la loi, en décidant par arrêt de cassation, sections réunies, le 28 janvier 1828, que le délai d'augmentation doit être suppléé.

262. L'assignation des témoins, aux termes de l'ordonnance de 1667 (tit. XXII, art. 6), devait marquer seulement *le jour et l'heure pour comparoir*. Puisque l'on veut que le témoin ne puisse préparer sa déposition, il ne faut pas lui faire connaître à l'avance les points sur lesquels il doit déposer, suivant la sage prescription établie par le Code de procédure d'Autriche (§ 205). Aussi le Tribunat avait-il proposé que l'on s'abstînt de communiquer aux témoins le dispositif du jugement, ainsi que cela se pratique en matière criminelle, ce qui eût en même temps économisé les frais.

[1] Le Code de procédure veut que l'assignation soit faite par l'intermédiaire de l'avoué : l'assignation à personne ou domicile serait nulle. (Bordeaux, 9 mai 1834.) Mais la nullité serait couverte par l'assistance de la partie à l'enquête sans protestation. (Rej., 20 novembre 1860.)

Le Conseil d'État n'a point tenu compte de cette observation, et le législateur veut qu'il soit donné copie à chaque témoin (C. de proc., art. 260) du dispositif en ce qui concerne les faits admis.

263. Lorsque l'enquête est annulée, peut-on en ordonner une nouvelle? Une distinction qui domine la matière, consiste à voir à qui la nullité est imputable. Si elle provient du juge-commissaire (*ibid.*, art. 292), l'enquête est recommencée à ses frais. Peut-on alors faire entendre de nouveaux témoins, ou doit-on se borner à assigner les mêmes témoins, en se reportant à la première enquête, si quelques-uns d'entre eux se trouvent dans l'impossibilité de déposer? Sans doute, en ce qui touche les frais, on ne peut mettre de nouvelles assignations à la charge du juge condamné. Mais pourquoi le demandeur ne pourrait-il pas être autorisé à assigner de nouveaux témoins à ses frais, sauf au demandeur à user de la même faculté pour sa contre-enquête? Telle paraît avoir été la pensée des rédacteurs de l'ordonnance de 1667, puisqu'on demanda dans la discussion s'il serait possible de faire entendre les mêmes témoins, bien que leur foi fût engagée par leurs premières dépositions; ce qui fut décidé. Or, la controverse seule prouve que l'on entendait autoriser l'audition des témoins nouveaux; autrement, pour ceux qui refusaient d'admettre les anciens, l'enquête se serait trouvée réduite à rien. Y a-t-il quelque motif pour être plus rigoureux aujourd'hui? Un arrêt de la Cour de Limoges, du 13 juin 1818, a décidé en ce sens. (En sens contraire, Rennes, 28 juillet 1814; Grenoble, 17 mai 1817.)

Mais si la nullité provient de l'avoué ou de l'huissier (*ibid.*, art. 293), on a craint qu'un concert frauduleux entre l'officier et son client ne ménageât à ce dernier la faculté de revenir contre une enquête défavorable, et l'on décide que

l'enquête ne pourra être recommencée, sauf le recours de la partie en dommages et intérêts. Est-il permis d'éluder cette prohibition, en autorisant le juge à recommencer d'office l'enquête, que les parties ne sont plus recevables à solliciter? La question est vivement controversée, soit dans l'hypothèse où l'enquête est nulle en la forme, soit dans l'hypothèse, plus favorable, où il y a seulement déchéance pour inobservation des délais. La négative se fonde sur le texte général de l'article 293 et sur l'esprit de notre législation, qui, à tort ou à raison, s'efforce d'entourer d'entraves l'administration de la preuve testimoniale. (Lyon, 16 août 1861; Toulouse, 17 août 1864.) Mais au texte de l'article 293 on oppose celui de l'article 254, consacrant le droit supérieur pour le juge de ne jamais prononcer qu'après information. Il faut bien reconnaître qu'il y a plus d'inconvénients que d'avantages dans ces prescriptions méticuleuses, dont les législations plus récentes tendent à s'affranchir. (Rej., 12 décembre 1825.)

Il n'y aurait point de doute, si le pouvoir du juge s'appliquait à un fait nouveau, non articulé dans l'enquête annulée. (Toulouse, 29 février 1868.)

Enfin, s'il fallait admettre, avec certains arrêts (Douai, 13 mars 1869; Rouen, 11 août 1871), que la prohibition de recommencer l'enquête doit s'appliquer même aux matières qui intéressent l'ordre public, notamment aux demandes en séparation de corps, au moins faudrait-il alors, avec ces mêmes arrêts, accorder au juge la faculté de faire recommencer l'enquête d'office. Il importe à la société que de pareilles demandes ne soient pas écartées par de simples moyens de procédure, et d'ailleurs le recours contre l'officier ministériel n'offrirait à la partie lésée qu'une garantie dérisoire, surtout dans les questions relatives à l'état des personnes.

Un parti beaucoup plus simple, suivi par le Code de procédure italien (art. 149) et proposé également par la commission chargée de la révision de notre Code de procédure (art. 243), c'est de permettre dans tous les cas de recommencer l'enquête.

§ 2. SANCTIONS DE LA COMPARUTION ET DE LA VÉRACITÉ DES TÉMOINS.

SOMMAIRE. — 264. Conditions nécessaires pour l'efficacité de la preuve testimoniale. — 265. *Monitoires*. Leur abolition. — 266. Obligation pour le témoin de comparaître. — 267. Motifs de dispense. — 268. Dignité des fonctions du témoin. — 269. Secret professionnel. — 270. Garanties de la sincérité du témoignage. — 271. Sanction naturelle. — 272. Sanction religieuse. — 273. Sanction pénale. — 274. Obligation de déposer oralement.

264. L'administration efficace de la preuve testimoniale suppose : 1° que les témoins des faits dont on demande à faire preuve sont connus; 2° qu'ils sont obligés de venir déposer en justice; 3° que leur déposition est sincère.

265. Si les personnes qui ont quelques renseignements à donner sur les faits litigieux sont inconnues des parties, convient-il de provoquer leur zèle au moyen d'admonitions officielles? Les avertissements donnés autrefois par l'intermédiaire des curés aux prônes, et connus sous le nom de *monitoires*, s'appliquaient, suivant le témoignage de Pothier (*Traité de la procédure criminelle*, sect. II, art. 4), même en matière civile, au cas de détournement d'effets d'une succession, d'une communauté, d'une faillite. Dans le droit nouveau, on a tenté, comme nous le verrons, d'en rétablir l'usage en matière criminelle. Dans tous les cas, cette voie extraordinaire, qui met en jeu les rapports si délicats du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel, ne saurait être suivie dans un intérêt purement pécuniaire. Il n'existe alors aucun procédé judiciaire tendant à rechercher les témoins inconnus; c'est aux parties intéressées à multiplier leurs investigations personnelles, afin de les découvrir.

266. Mais les témoins connus peuvent-ils se refuser à

l'acquittement de la dette dont ils sont tenus envers la justice sociale? A Athènes, les témoignages, en matière civile, étaient habituellement reçus par écrit; et si les témoins venaient souvent les corroborer par une déposition orale, ils ne pouvaient y être contraints. (M. Cauvet, *Revue de législation*, tome XX, page 301.) A Rome, Quintilien nous apprend également (*Instit. orat.*, liv. V, chap. VII) qu'il y avait de son temps des témoins volontaires, et des témoins obligés à comparaître : *Duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum quibus judex in publicis judiciis lege denuntiare solet.* Justinien paraît avoir le premier, en matière civile (L. 16, Cod., *De testib.*), érigé ce devoir en obligation légale, et cette innovation n'est pas une des moins salutaires qu'ait introduites cet empereur. Le droit canonique (Voy. Cujas, *Decret.*, *ad tit. De test. cogend.*) employait dans les cas graves la suspension contre les ecclésiastiques, la censure contre les laïques qui refusaient de comparaître. L'ordonnance de 1667 (titre XXII, art. 8) prononçait une amende de dix livres. Aujourd'hui le Code de procédure (art. 263) alloue à la partie intéressée des dommages et intérêts qui ne peuvent être inférieurs à la somme de dix francs[1], et permet d'infliger au témoin une amende dont le *maximum* est de cent francs. Le second défaut de la part des témoins réassignés (*ibid.*, art. 264) entraîne une amende de cent francs, et il est loisible au juge-commissaire (même art.), s'il estime la déposition essentielle, de décerner contre le réfractaire un mandat d'amener, qui autorise l'emploi de la force publique pour le conduire devant le tribunal. (C. d'instr., art. 99.) On est assez d'accord pour reconnaître

[1] Remarquez qu'il ne s'agit pas, dans cette sanction, d'une peine dont le *maximum*, sauf des cas exceptionnels (C. civ., art. 192), ne saurait être indéterminé dans le droit moderne, mais de dommages et intérêts, qui sont ordinairement laissés à l'appréciation du juge, parce qu'il est impossible d'en faire l'évaluation *a priori*.

que le refus de répondre doit équivaloir au refus de comparaître. (*Ibid.*, art. 80.) De quel secours peut être pour la découverte de la vérité une assistance purement matérielle? Mais il serait impossible, à peine de tomber dans l'arbitraire, de considérer comme n'ayant pas déposé celui dont les réponses seraient estimées insuffisantes. Du reste, indépendamment de ces condamnations pécuniaires, le Code pénal (art. 236) prononce un emprisonnement de six jours à deux mois contre les témoins qui auraient allégué de fausses excuses.

D'autre part, il ne serait pas juste que le service rendu par le témoin lui devînt onéreux. Une indemnité lui est donc allouée, mais dans le cas seulement où il requiert taxe. (C. de proc., art. 277; Tar. civ., art. 167.)

267. Toutefois, deux motifs peuvent dispenser de venir déposer en justice : la dignité ou les fonctions du témoin, et l'obligation du secret imposé par certaines professions.

268. Dans le premier cas, il n'y a pas pour lui dispense de faire sa déclaration, mais seulement de comparaître en justice. A Rome, la dispense de venir soi-même déposer en justice était très-difficilement accordée. Les vestales mêmes n'avaient point ce privilége, et Tacite nous rapporte, comme une grande preuve de crédit d'une certaine Urgulania, sous Tibère, la permission qu'elle obtint de faire venir chez elle le préteur pour recevoir son témoignage. *Urgulaniæ potentia*, dit-il (*Annal.*, liv. II, § 34), *adeo nimia civitati erat ut, testis in causa quadam quæ apud senatum tractabatur, venire dedignaretur; missus est prætor qui domi interrogaret. cum virgines vestales in foro et judicio audiri, quotiens testimonium dicerent, vetus mos fuerit.* Il paraît que les immunités de cette espèce étaient rares dans notre ancien droit. On cite plusieurs évêques, Fléchier notamment, qui furent contraints de se rendre en personne auprès du juge-commissaire, et il

fallut un avis des avocats généraux du Parlement de Paris, à la date du 1er août 1642, pour consacrer le principe qui autorisait les princes du sang à faire de simples déclarations par écrit. Nos lois modernes ont beaucoup étendu cette faculté. La loi du 20 thermidor an IV l'a accordée aux membres du Corps législatif et du Directoire, aux ministres de la république et aux agents auprès des nations étrangères. La règle que pose cette loi fut successivement appliquée aux caissiers et contrôleurs du trésor public, par la loi du 20 fructidor an VII; aux conseillers d'État, par un avis du Conseil d'État lui-même, à la date du 14 germinal an VIII; aux sénateurs, aux préfets et aux maires, par l'arrêté consulaire du 7 thermidor an IX. De plus, le Code d'instruction criminelle (art. 510 et suiv.) trace, pour la déposition des fonctionnaires les plus élevés, certaines formes qu'on applique, par identité de motifs, au civil; sauf à combiner le tout avec le décret du 4 mai 1812, relatif à la citation en témoignage des ministres et des principaux fonctionnaires de l'État.

En Angleterre, au contraire, Bentham nous rapporte que l'obligation pour tous de venir déposer en personne est strictement maintenue. « Supposez », dit-il (Observations sur l'article 21 de son projet d'organisation judiciaire), « que le prince de Galles, l'archevêque de Cantorbéry et le « lord chancelier viennent à passer, tandis qu'un ramoneur « et une chiffonnière se disputeraient pour un sou de « pommes : pourraient-ils refuser de se rendre en justice, « si l'un des deux adversaires jugeait à propos de les appeler « en témoignage? » Cette marche a quelque chose d'éminemment libéral, mais il serait peut-être difficile de l'introduire dans nos mœurs.

269. Il y a dispense complète de témoigner pour les personnes que leur profession astreint au secret. En effet,

le Code pénal (art. 378) punit d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs, les médecins, sages-femmes et autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui auront révélé ces secrets [1] : preuve évidente que c'est pour elles non-seulement un droit, mais même un devoir de garder le silence, bien que la pénalité ne soit applicable qu'à une révélation indiscrète, et nullement à une déposition judiciaire. D'accord sur le principe, on a été partagé sur l'étendue de l'application qu'il doit recevoir. Il n'y a jamais eu de doute pour les avocats et pour les avoués, car c'est précisément pour les avocats qu'a été introduit le principe, étendu ensuite à toutes les personnes tenues au secret par profession. *Mandatis principum cavetur*, dit Arcadius (L. 25, D., *De testib.*), *ne patroni in causa cui patrimonium præstiterunt, testimonium dicant* : prescription toujours respectée (Cass., 24 mai 1862), et que la doctrine moderne a étendue à tout conseil donné par un homme de loi dans l'exercice de ses fonctions, même par un agréé. (Rouen, 17 décembre 1858.) Mais on s'est demandé si les notaires sont au nombre des personnes obligées par état à la discrétion. Les décisions diverses de la jurisprudence sur ce point peuvent se concilier en fait, si on tient compte de la nature plus ou moins confidentielle des points qu'il s'agissait de révéler. (Rej., 10 juin 1853 et 7 avril 1870.) Quant aux ministres du culte, nul doute qu'il ne soit légalement impossible de les interroger sur ce qui leur a été confié sous le sceau de la confession. « Ce que je sais par la confes-

[1] La jurisprudence anglaise admet l'immunité de l'avocat et du procureur, mais elle oblige le chirurgien à communiquer ce dont il a été informé en conséquence des soins par lui donnés. (Voy. Blackstone, liv. III, ch. XXIII, avec les notes de M. Christian.) Toutefois, les statuts revisés de New-York (stat: 406, § 13) dispensent le médecin de révéler ce qu'il a appris de son client *in a professional character*.

« sion », disait saint Augustin, « je le sais moins que ce « que je n'ai jamais su. » Mais on a vivement débattu la question de savoir si une confidence faite à un prêtre, bien qu'en dehors de l'administration du sacrement de pénitence, doit jouir de la même inviolabilité. C'est avec raison, suivant nous, que la Cour de cassation (Cass., 30 novembre 1810) a jugé l'affirmative, et que plus récemment la Cour d'Angers (arr. du 31 mars 1841) a étendu le même voile sur les faits qu'un évêque n'avait appris que dans l'exercice de sa juridiction canonique. Le système contraire détruirait la confiance, qui seule peut amener le repentir, en donnant au prêtre les apparences d'un délateur d'autant plus odieux qu'il serait revêtu d'un caractère sacré [1].

270. Il ne suffit pas d'obtenir la déposition des témoins, il faut encore que leur déposition soit sincère. Les garanties que l'on peut avoir de cette sincérité dérivent, ou de la nature morale de l'homme, ou du sentiment religieux, ou de la crainte d'une peine prononcée par la loi.

271. La sanction naturelle de la véracité des témoins se trouve dans ce sentiment puissant qui porte l'homme à dire la vérité, et qui fait que, lorsqu'il veut la trahir, il est obligé de se faire violence. Le vrai et le juste sont deux pôles vers lesquels tend sans cesse l'esprit humain, lorsqu'il n'est pas corrompu. Bentham (*Preuves judiciaires*, livre I, chap. x), voulant tout rapporter à l'utilité, s'évertue à substituer une autre explication à cette explication si simple et si évidente de la foi qu'on accorde au témoignage d'un honnête homme. « Naturellement », dit-il, « on évite le sentier scabreux, on « prend la route la plus facile; le motif qui nous y porte est

[1] La jurisprudence des pays protestants est beaucoup moins large. Le droit commun anglais ne consacre aucune immunité, même pour la confession, et la dispense n'est admise en Écosse et dans les statuts de New-York (stat. 406, § 92) que pour les révélations faites *in the course of discipline*.

« *l'amour de l'aise*, motif qui agit souvent à notre insu, mais « dont l'influence est plus grande qu'on ne le croit commu- « nément. Voyons comment elle opère dans le cas du té- « moignage. Rapporter un fait tel qu'il se présente à l'es- « prit est l'œuvre de la mémoire; rapporter comme un fait « réel des circonstances qui n'ont point existé, c'est l'œuvre « de l'invention,.. Or, le travail de l'invention est plus pé- « nible que celui de la mémoire. Voilà donc une peine évi- « tée par celui qui exprime la vérité pure et simple. » Ainsi, suivant Bentham, celui dont le faux témoignage vient de causer un énorme préjudice à autrui, n'éprouve d'autre peine que la fatigue d'avoir imaginé un récit compliqué, et celui qui déclare la vérité ne le fait que par *paresse;* ce sont ses propres expressions. L'interrogatoire n'a d'autre but que de lutter contre l'inertie du témoin, en le harcelant par des questions multipliées. De pareilles doctrines se réfutent assez d'elles-mêmes. On regrette de les trouver dans le travail de Bentham, à côté de tant d'observations si utiles et si sages. Ce qui est plus vrai, c'est que l'opinion publique, le sentiment de l'honneur, pourront souvent, à défaut de la conscience, arrêter le témoin dans la voie du mensonge.

272. La sanction religieuse consiste à obliger le témoin à prêter serment, c'est-à-dire à appeler sur lui la réprobation de la Divinité même, si sa déclaration n'est pas sincère. L'usage du serment paraît avoir été ancien à Rome. *De parvula summa judicaturo,* dit Sénèque (*De ira*, liv. II, chap. XIX), *tibi res sine teste non probaretur; testis sine jurejurando non valeret.* La prescription du serment fut expressément renouvelée par Constantin. (L. 9, Cod., *De testib.*) Elle paraît avoir été observée aussi de temps immémorial dans la pratique française. Suivant Cujas (Decret., *ad tit. De testib.*, pr.), le serment donne autorité au témoignage, comme l'écriture donne autorité aux actes publics : *Testimonia publica scriptura*

tuetur, testes jusjurandum. Ce que nous dirons plus tard du degré d'efficacité du serment, en tant qu'il se rapporte aux parties, est également applicable aux témoins. Nous traiterons aussi, au siége de la matière, des diverses formes qu'il peut revêtir, et de la dispense même du serment réclamée par certaines sectes.

273. Quelque opinion qu'on ait sur l'efficacité du serment, on reconnaît que la corruption des hommes ne permet pas de considérer cette sanction comme suffisante. A Rome, la peine capitale, portée par la loi des Douze Tables (Aulu-Gelle, livre XX, chap. 1), et qui consistait à être précipité du haut de la roche Tarpéienne, ne s'appliquait probablement qu'en matière criminelle[1]. Plus tard, le faux témoignage fut considéré comme une espèce de faux (Modestin, L. 27, D., *De leg. Cornel. de fals.*) La peine, qui était autrefois l'exil ou la relégation, paraît être devenue tout à fait arbitraire dans le droit de Justinien (comparez le texte original de Paul dans le livre V, tit. XV, § 5, de ses Sentences, avec ce même texte remanié au Digeste, dans la loi 16, *De testib.*) Chez nous, plusieurs ordonnances, à partir de 1531, frappèrent indistinctement de la peine de mort le faux témoignage en matière civile et en matière criminelle. Mais nos anciens criminalistes attestent qu'au civil cette rigueur n'a jamais été suivie dans la pratique.

La législation actuelle, sans aller aussi loin que les anciennes ordonnances, déploie une juste sévérité contre ceux qui corrompent ainsi les sources de la justice. Le Code pénal de 1791 punissait de six ans de gêne le faux témoin en matière civile. Le Code pénal de 1810 (art. 363) le punissait de la peine de la réclusion, à laquelle le texte revisé en 1863

[1] Cela est évident pour la loi juive, qui prononçait la peine du talion (*Deutéronome*, ch. XIX, vers. 21) : *Animam pro anima, oculum pro oculo*, etc.

a substitué deux à cinq ans de prison, 50 francs à 2,000 francs d'amende. De plus, le témoin qui a reçu, ou qui s'est fait promettre une récompense, est puni aujourd'hui de la réclusion; il en est de même de celui qui l'a suborné. (*Ibid.*, art. 364 et 365.)

274. Indépendamment des sanctions que nous venons de signaler, la véracité du témoin est garantie par une précaution importante, que l'expérience a depuis longtemps justifiée : on l'oblige à déposer oralement, à ne lire aucun projet écrit. (C. de proc., art. 271.) Il lui est ainsi beaucoup plus difficile de préparer à l'avance un récit mensonger. En Angleterre, on permet assez facilement à l'accusé de *rafraîchir sa mémoire* par des notes. (M. Greenleaf, tom. I, p. 545 et suiv.) En Écosse, on n'admet les notes qu'autant qu'elles ont été rédigées au moment où les faits se sont passés. (Alison's *Practice of the criminal law*, 540-542.) Chez nous, les notes sont admissibles, lorsque la nature des faits en commande l'emploi, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation (Rej., 20 mars 1851), pour la description d'une opération scientifique. Telle est aussi la nouvelle disposition du Code de procédure italien. (Art. 243.)

§ 3. EXCLUSION DE CERTAINS TÉMOINS.

SOMMAIRE. — 275. Cette exclusion rare à Rome. — 276. Cas d'exclusion absolue dans l'ancien droit et dans le droit actuel. — 277. Exclusion des parties. — 278. Les condamnations pénales n'empêchent point de déposer à titre de renseignement. — 279. Système vicieux des reproches. — 280. Mise en œuvre également vicieuse. — 281. Les reproches sont-ils illimités ? — 282. Trois chefs de reproches. — 283. 1er chef, parenté ou alliance. — 284. 2e chef, rapports supposant partialité. — 285. 3e chef, infamie légale. — 286. Mineurs de quinze ans. — 287. Les reproches sont-ils facultatifs ? — 288. Reproches sur reproches.

275. La législation romaine, comme celle de la plupart des peuples, rejetait complétement le témoignage de certaines personnes. Ces exclusions paraissent avoir été rares en matière civile; car on nous cite comme remarquable la

prohibition de déposer en faveur de personnes de la même famille que le témoin : *Etiam jure civili domestici testimonii fides improbatur.* (Valér., L. 3, Cod., *De testib.*) En dehors de ces exclusions, le degré de foi que pouvait mériter tel ou tel témoignage était laissé à l'appréciation du juge. *Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium,* dit Papinien. (L. 13. D., *eod. tit.*) La faculté de réprouver le témoignage s'entendait en ce sens que le juge devait peser avec la plus scrupuleuse attention la déposition d'un témoin suspect; mais il n'y a aucune trace à Rome d'un système de *reproches*, qui permît de s'opposer à l'audition d'une personne capable de déposer, par cela seul qu'on aurait quelque motif pour douter de sa véracité. Ce fut des enquêtes écrites que tira son origine dans notre ancien droit ce système, où l'on s'oppose après coup à la lecture en audience publique des déclarations reçues devant le juge-commissaire. Nous allons traiter successivement de l'exclusion absolue, et des reproches qui sont simplement facultatifs pour l'une des parties.

276. Nos anciens monuments de droit français, tels que e Grand Coutumier de Charles VI, qui contient un chapitre les Reproches (liv. III, ch. XXVI), paraissent confondre 'exclusion avec les reproches proprement dits. La distinction ne paraît pas avoir été faite bien nettement avant le Code de procédure civile. L'ordonnance de 1667 prononce bien une exclusion spéciale des parents et alliés, distincte des reproches ordinaires, qui étaient illimités. Mais nous voyons, d'autre part, les juges autorisés à suppléer d'office les reproches contre les témoins, lorsque ces reproches étaient notoires et résultaient des actes du procès. (Merlin, *Répert.*, v° REPROCHE, § 4.)

« Les parents et alliés des parties », disait l'ordonnance (tit. XXII, art. 11), « jusqu'aux enfants des cousins issus de « germain inclusivement, ne pourront être témoins en ma-

« tière civile, pour déposer en leur faveur ou contre eux, et « seront leurs dépositions rejetées. » Cette disposition, vivement critiquée lors de la rédaction de l'ordonnance, notamment par le président Lamoignon, était une grave dérogation à nos anciens usages[1], qui, à l'imitation des lois romaines, n'admettaient comme cause de rejet péremptoire que la parenté ou l'alliance en ligne directe. Bouteillier raconte dans sa Somme rurale (ch. CVI) avoir vu recevoir la déposition d'un frère en faveur de son frère *par clers de droit et usages coutumiers*.

Le Code de procédure (art. 268), revenant sur cette innovation mal observée dans la pratique, défend seulement d'assigner le parent ou l'allié en ligne directe de l'une des parties[2], ou son conjoint, même divorcé[3]. Le Code, comme l'ordonnance, ne permet pas plus l'assignation d'un proche parent contre vous qu'en votre faveur. On a dit depuis longtemps des relations de parenté : *Apud concordes excitamenta caritatis; apud iratos irritamenta odiorum.* Restreinte dans ces limites, la prohibition peut se justifier. *Parentes et liberi*, dit Dioclétien (L. 6, Cod., *De testib.*), *adversum se nec volentes ad testimonium admittendi sunt;* et telle est aussi la disposition du Code de procédure autrichien de 1782 (§ 206, 1°). Il y a cependant quelque bizarrerie à recevoir, ainsi que nous le verrons, en matière criminelle, des témoignages qui seraient complétement repoussés dans les questions purement pécuniaires.

En matière civile même, il est des cas où les témoignages

[1] L'avocat général Talon dit également « qu'il ne faut pas que la vérité « demeure captive dans la bouche d'un parent. »

[2] Il est évident que l'art. 283 du même Code, qui permet de *reprocher* les parents ou alliés jusqu'au sixième degré, ne doit s'entendre que des collatéraux. On n'a pas besoin de reprocher les personnes qui sont exclues.

[3] La prohibition relative au conjoint divorcé peut s'appliquer, sans parler des divorces antérieurs à la loi de 1816, aux époux divorcés suivant une loi étrangère qui seraient appelés à déposer devant nos tribunaux.

domestiques deviennent nécessaires. Les enquêtes relatives au divorce d'après le texte du Code civil (art. 251), applicables aujourd'hui à la séparation de corps (Bordeaux, 2 août 1842), admettent tous les parents, sauf les enfants des conjoints. On pense généralement qu'il doit en être de même lorsqu'il s'agit de prouver les naissances, mariages et décès. (*Ibid.*, art. 46.) Ainsi que l'a fait remarquer la Cour de Toulouse (17 août 1809), un des éléments de la possession d'état (art. 331), c'est le fait que l'enfant a été *reconnu comme tel par la famille*. Les membres de la famille sont donc les premiers témoins de l'état des personnes. On ne devrait même pas rejeter ici le témoignage des enfants, lorsqu'ils ont pu reconnaître les faits, puisqu'il n'y a plus lieu à invoquer le motif de pudeur publique, qui militait contre leur admission au cas de séparation de corps.

277. L'exclusion des parents et alliés des parties entraîne à plus forte raison celle des parties elles-mêmes. *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*, dit Pomponius. (L. 10, D., *De testib.*) Nous voyons cependant plusieurs cours et tribunaux en Angleterre et en Amérique (M. Greenleaf, tom. I^er^, pag. 443, et not. 4) autoriser une partie à déposer sur les faits de la cause. Mais ce n'est là, après tout, sous une autre forme, que l'interrogatoire ou la comparution personnelle, autorisés dans notre droit. Ce qui est prohibé chez nous, ce n'est point l'audition de la partie d'une manière absolue, mais son audition comme témoin dans la forme des enquêtes.

278. Il est difficile de justifier une autre nature de prohibitions. C'est celle qui résulte des articles 34 et 43 du Code pénal, lesquels, attachant à certaines condamnations l'incapacité de témoigner, considèrent le témoignage en justice comme un droit plutôt que comme un devoir. Bentham (*Traité des peines*, édition de Dumont, liv. VII, sect. 4) met

avec raison cette prétendue peine au nombre des peines qu'il appelle *fortuites*, en ce que, frappant au hasard, elles retombent souvent sur l'innocent, au lieu de s'adresser au coupable. « Je suis, dit-il, un aussi mauvais sujet qu'on peut « le supposer; il m'arrive de voir un homme en attaquer un « autre; tous deux me sont étrangers; le battu m'appelle « comme témoin, le seul témoin, contre son agresseur[1]. « J'ai été convaincu de parjure, et, si vous voulez, de vingt « parjures; mais les parties sont si pauvres que ni l'une ni « l'autre ne peut m'offrir la plus petite tentation. Qu'est-ce « donc qui pourrait m'induire à rendre un faux témoignage? « Rien. Quel danger y a-t-il à m'entendre? Aucun. Que « s'ensuit-il, si on me rejette? Le triomphe de l'oppresseur. « Or, un cas de cette nature n'a rien de singulier, ni d'im- « probable. » Les conséquences si graves qu'entraîne ce système doivent porter à adopter, contre l'avis de Boncenne (*Traité de la procédure civile*, chap. XVIII), l'idée qu'on doit au moins recevoir, au civil comme au criminel (C. pén., art. 34 et 42), à titre de simples renseignements, c'est-à-dire sans prestation de serment, la déclaration des personnes auxquelles le législateur refuse la qualité de témoins. Cette opinion, qui met la loi civile en harmonie avec la loi criminelle, peut se justifier, soit par les termes généraux des articles précités, qui parlent de simples renseignements, de simples déclarations, sans distinguer quelle est la juridiction saisie; soit par cette considération qu'aucune exclusion absolue n'est prononcée, sous ce rapport, par le titre des enquêtes, où il n'est question que des parents, alliés ou conjoints. Nous verrons bientôt, en nous occupant de l'appréciation des témoignages, quelle est l'autorité de ces renseignements. Notre opinion, d'ailleurs, offre peu de danger,

[1] Il faut supposer chez nous l'action intentée au civil; au criminel, la déposition serait admise sans difficulté à titre de renseignement.

si tant est qu'il y ait du danger à entendre ce genre de déposition, puisque dans la plupart des cas[1] les condamnés seront reprochables, et ne pourront dès lors être entendus qu'avec l'assentiment de la partie intéressée[2].

279. Les reproches, dont nous avons maintenant à nous occuper, et qui sont bien distincts des exclusions, étaient, nous l'avons dit, inconnus dans la législation romaine. Ce n'est pas qu'on n'ait voulu les étayer de l'autorité de cette législation ; mais on ne l'a fait qu'en dénaturant le sens des textes. C'est ainsi qu'on a puisé dans un fragment de Callistrate (L. 3, pr., D., *De testib.*) une partie des causes de reproches admises par nos anciens auteurs. Le jurisconsulte énumère, en effet, diverses circonstances qui rendent le témoignage plus ou moins suspect. Mais quelle est sa conclusion? *Testium fides diligenter examinanda est.* On trouve dans la Novelle 90 (ch. VII) une exception qui ne fait que confirmer la règle. S'il y a procès criminel entre la partie et l'un des témoins, Justinien repousse ce dernier, *non adsit*

[1] Nous disons *dans la plupart des cas*, parce que le témoin frappé d'une peine correctionnelle ne peut être reprochable que s'il a été condamné pour vol. (C. de proc., art. 283.) Si l'incapacité de déposer avait été prononcée (Cod. pén., art. 42) à la suite d'autres condamnations correctionnelles, par exemple pour abus de confiance (*ibid.*, art. 406), la condamnation, n'étant pas prévue par le Code de procédure, ne saurait être une cause de reproche.

[2] Les traducteurs napolitains combattent cette assimilation des matières civiles aux matières criminelles, parce que, suivant eux, le juge en matière civile, ne procédant point d'office et d'après sa conscience, ne peut s'arrêter, comme en matière pénale, à des indices, à des demi-preuves : il lui faut une preuve parfaite pour rendre un jugement définitif. Dès lors un *simple renseignement* n'a pour lui aucune valeur légale. Si ce système était fondé, il faudrait reconstituer, au civil du moins, la doctrine de l'ancienne jurisprudence qui enchaînait la conviction des magistrats par des règles *a priori*. Il est bien constant chez nous que dans l'appréciation d'une enquête le juge procède comme le ferait un juré, et que dès lors il n'a qu'une seule question à se faire : y a-t-il pour lui *intime conviction* de la vérité des faits? Or, le témoignage d'une personne réputée infâme, mais désintéressée dans l'espèce, peut évidemment faire naître cette intime conviction.

ad testimonium. Mais, dans tous les autres cas, il faut recevoir le témoignage, sauf à le discuter : *Procedat quidem testatio, tempore vero disputationum serventur hujusmodi quæstiones.*

Nos légistes ont mieux aimé trancher le nœud gordien. Ils ont voulu qu'on ne pût pas même avoir connaissance de la déposition du témoin reproché, méconnaissant cette vérité d'expérience, qu'un juge habile peut souvent faire sortir des renseignements utiles de dépositions qui paraissent peu dignes de foi. Ne suffisait-il pas d'avertir, comme on le fait au criminel, des circonstances particulières qui permettent de révoquer en doute l'impartialité du témoin? La raison de Voltaire avait devancé sur ce point les théories des publicistes modernes. « Je pencherais », dit-il (*Prix de la justice et de l'humanité*, fragment publié dans la *Gazette de Berne*, art. 22, § 4), « à croire que tout homme, quel qu'il soit, « peut être reçu à témoigner. L'imbécillité [1], la parenté, la « domesticité, l'infamie même, n'empêchent pas qu'on ait « pu bien voir et bien entendre. C'est au juge à peser la « valeur du témoignage et des reproches qu'on doit lui « opposer. » Ici encore, les progrès qu'a faits l'instruction criminelle n'ont eu aucune influence sur la procédure civile, qui a été abandonnée à ses anciens errements. Nos anciens auteurs, du moins, étaient conséquents dans un système vicieux. Comme ils posaient en principe, ainsi que nous le verrons dans le paragraphe suivant, qu'un nombre déterminé de témoins opérait une preuve légale, ils étaient fondés à exiger que ces témoins fussent à l'abri de tout soupçon. C'est ainsi que Justinien voulait qu'il y eût *quinque testes idonei* pour faire preuve du payement d'une dette constatée

[1] A l'appui de cette assertion sur l'*imbécillité*, qui paraît étrange, on peut citer l'exemple rapporté par M. Greenleaf (tom. I, p. 483, note 1), d'une personne qui se croyait possédée par vingt mille démons, et dont le témoignage fut admis, toutefois, son médecin ayant assuré qu'elle se rendait parfaitement compte des transactions qui avaient lieu devant elle.

par écrit. (L. 18, Cod., *De fid. instr.*) Aujourd'hui que les témoignages sont pesés et non comptés, la théorie des reproches n'est plus qu'un vestige de doctrines surannées, en contradiction manifeste avec l'esprit du droit actuel. Aussi la loi de procédure de Genève (art. 188, 190), après avoir exclu les parents et alliés jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, se borne-t-elle à ajouter : « Toutes les « autres personnes seront admises comme témoins, sauf aux « parties à articuler et aux juges à apprécier les diverses cir- « constances corroboratives et infirmatives du témoignage. » Celle d'Italie (art. 237) décide qu'en tout cas le témoin allégué de suspicion doit être examiné, sauf au tribunal à apprécier sa déposition [1]. La doctrine anglaise, qui admet dans une certaine mesure la théorie des preuves légales, pose quatre hypothèses où le témoignage est inadmissible (*incompetency of witnesses*) : le défaut d'intelligence, l'absence de croyance religieuse, l'infamie et l'intérêt. Dans les autres cas, elle laisse aux juges l'appréciation de la crédibilité des témoins.

280. Notre système des reproches n'est pas seulement vicieux dans sa base, il l'est également dans la mise en œuvre. L'exclusion des témoins, en la supposant fondée, devrait émaner de la justice, et non de l'intérêt ou des passions. Eh bien, la loi laisse à la partie attaquée la faculté d'accepter ou de repousser les témoins produits par l'adversaire. Bien plus, on les reprochera, même après leur déposition, peut-être alors parce qu'ils n'auront que trop bien dit la vérité, et qu'il sera plus facile de leur fermer la bouche que de les réfuter. Il est vrai que, pour pallier cet inconvé-

[1] Le projet de réforme de notre Code de procédure (art. 231) ne prononce également que l'exclusion pour cause de parenté ou d'alliance, et permet d'entendre à titre de renseignement les personnes que la loi ou des décisions judiciaires ont déclarées incapables de témoigner en justice.

nient, on veut (C. de proc., art. 282) qu'aucun reproche ne soit proposé après la déposition, s'il n'est justifié par écrit, lors même que la partie prétendrait n'avoir connu la cause de reproche que depuis la déposition. (Bordeaux, 25 août 1852.) C'est là une garantie contre les reproches imaginés par esprit de récrimination. Mais, puisque le motif est sérieux, pourquoi donc permettre à la partie de le tenir en réserve? Pourquoi lui laisser la faculté d'éliminer après coup tel ou tel témoignage? Il semble vraiment que la suppression d'une déposition, qui est peut-être fondamentale dans le procès, n'ait pas plus d'importance qu'une nullité d'exploit, dont on peut se départir à son gré. Enfin un dernier vice, qui tient à ce qu'il n'est pas permis au juge-commissaire de statuer sur les reproches, c'est que le témoin reproché est entendu dans sa déposition. (*Ibid.*, art. 284.) Or, le juge qui l'a entendu siége lui-même pour la décision de l'affaire. Sans doute, ses collègues n'auront pas connaissance de la déposition. Mais lui sera-t-il possible, à lui, d'effacer complétement de son esprit l'impression favorable ou défavorable qu'y auront laissée les paroles du témoin? On voit que ce système, dont le point de départ est erroné, n'a pas même le mérite d'être conséquent.

281. Les reproches étaient illimités dans l'ancien droit. L'ordonnance de 1667 (titre XXIII, art. 1) exigeait seulement qu'ils fussent circonstanciés et pertinents. La faculté de rejet avait acquis une telle extension, qu'on aurait pu se demander, non plus quels étaient les témoins reprochables, mais quels étaient ceux qui pouvaient ne pas l'être. Ainsi on admettait comme motifs suffisants : le soupçon d'inimitié, allégation si vague et si élastique; le soupçon de subornation, qui résultait de la pauvreté, d'après ce triste adage de Loysel (*Instit. coutum.*, titre des preuves, art. 16) : « Pauvreté n'est pas vice, mais en grande pauvreté n'y a

« pas grande loyauté » ; l'infamie qui s'attachait, non-seulement à certaines condamnations, mais encore à certaines professions, comme celles de comédien ou de courtisane. Le Parlement de Toulouse jugea, le 14 octobre 1656, qu'un témoin devait être reproché pour avoir battu son père, comme si ce tort de conduite privée impliquait nécessairement que sa déposition contre un tiers fût mensongère. Mais, par compensation, le même parlement jugea, le 18 mars 1667, que l'ivrognerie n'était pas une cause de reproche, parce que le vin est sincère, et fait souvent dire la vérité à ceux qui ne voudraient pas la dire : motif qui, s'il était fondé, conduirait directement à cette conclusion, qu'un bon juge doit faire boire les témoins [1].

Cette latitude indéfinie, qui donnait lieu à tant d'abus, existe-t-elle encore sous l'empire du Code de procédure? Des auteurs graves l'ont pensé ; mais alors à quoi servirait l'énumération que fait l'article 283 de ce même Code? Quand la loi détermine les personnes qui pourront être reprochées, avec l'indication précise des circonstances requises pour que le reproche soit fondé, est-il raisonnable de supposer qu'elle n'ait entendu donner que des exemples? Avec un pareil système d'interprétation, on pourrait aussi bien soutenir que les ouvertures de requête civile, détaillées par l'article 480 du Code de procédure, n'y sont indiquées que d'une manière démonstrative : ce que personne n'a jamais osé prétendre. Difficilement conciliable avec le texte, cette opinion est, de plus, en opposition évidente avec l'intention manifestée par les rédacteurs du Code de procédure, de spécifier les causes de reproches. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que plusieurs Cours attaquèrent cette limitation, contraire à la doctrine de 1667. Ainsi, la Cour de Turin

[1] Les décrétales, au contraire, prescrivaient d'interroger les témoins à jeun. (Cap. 1, *De testibus.*)

proposait de modifier la rédaction, en disant : Pourront être présentés *particulièrement* comme reproches, etc. Mais le Conseil d'État n'eut point égard à ces observations. Après tout, on en reviendra, pour les cas omis, à ce qu'on aurait dû faire dans tous les cas, à la lecture publique de la déposition, sauf à faire ressortir dans les plaidoiries toutes les causes de suspicion légitime. Plusieurs décisions judiciaires, et spécialement un arrêt de cassation du 25 juillet 1826 (Voy. aussi Paris, 4 novembre 1865), ont déclaré limitative l'énumération faite par la loi. Il est vrai que des arrêts plus récents, dont quelques-uns émanés de la Cour suprême (Rej., 4 mai 1863 et 2 juillet 1866), posent en thèse dans leurs motifs que l'article 283 n'est qu'énonciatif; mais il ne faut pas en conclure que la jurisprudence moderne admette tous les reproches reçus autrefois : la mendicité, l'inimitié personnelle, etc. Dans presque toutes les espèces sur lesquelles il a été statué, le témoin reproché avait un intérêt dans la cause. Or, si le législateur repousse l'héritier présomptif comme indirectement intéressé (C. de proc., art. 283, 4°), on comprend qu'il y ait lieu d'écarter *a fortiori* celui qui a un intérêt direct et immédiat [1]. La doctrine de la Cour de cassation (2 juillet 1866, 10 mars 1868) laisse au juge un pouvoir souverain d'appréciation. Il est à remarquer que le droit commun anglais, qui n'admet pas le reproche tiré de la parenté ou de la domesticité, exclut complétement le témoin qui a un intérêt direct dans le procès [2]. (Philipps, part. I, liv. I, chap. v.)

[1] Mais il faut que l'intérêt ne soit point minime, tel que serait celui de membre d'une Société d'assurances mutuelles contre l'incendie, dans une affaire concernant la Compagnie. (Orléans, 12 avril 1856.)

[2] Les statuts revisés de New-York et de plusieurs autres États américains (M. Greenleaf, *ibid.*, tom. I, p. 507, note 1) ont adopté le système plus raisonnable qui admet l'audition du témoin même intéressé, sauf à y avoir tel égard que de raison.

282. Les reproches légaux se rattachent à trois chefs : aux relations de parenté ou d'alliance, à des présomptions de partialité puisées dans certains faits, enfin à une sorte d'infamie, en ce qui touche certains accusés ou condamnés.

283. Sous le premier point de vue, on peut reprocher les parents ou alliés de l'une ou de l'autre des parties en ligne collatérale[1] jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. Le Code de procédure est ici beaucoup plus modéré que l'ordonnance de 1667, suivant laquelle l'exclusion était absolue, et allait jusqu'au huitième degré. Mais, quand les liens de famille sont aussi relâchés qu'ils le sont à notre époque, n'est-ce pas encore aller bien loin que de ne s'arrêter qu'au delà du sixième[2]? Quoi qu'il en soit, le reproche, comme l'exclusion pour le même motif, embrasse les parents ou alliés cités contre moi, aussi bien que ceux qui seraient cités en ma faveur. Nous avons vu que, dans le système de la loi, les uns et les autres sont regardés comme suspects. L'article 283 ajoute : « Les parents ou « alliés des conjoints au degré ci-dessus, si le conjoint est « vivant, ou si la partie ou le témoin en a des enfants vivants. « En cas que le conjoint soit décédé, et qu'il n'ait pas laissé « de descendants, pourront être reprochés les parents et « alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et « belles-sœurs. » Il résulte manifestement de ce texte, contre l'opinion de Toullier (tom IX, § 289), qu'on peut reprocher, non-seulement les parents du conjoint de l'une des parties, c'est-à-dire ses alliés, mais encore les alliés de ce conjoint, qui ne sont cependant pas les alliés de

[1] Nous ajoutons *en ligne collatérale*, parce qu'en ligne directe, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, ce n'est plus d'un reproche, mais d'une exclusion absolue qu'il s'agit. (C. de proc., art. 268.)

[2] La loi de Genève s'arrête au troisième degré (voy. n° 279), le Code de procédure d'Autriche au quatrième. (§ 207, 1°.)

la partie. On peut critiquer cette extension, et invoquer le principe qui a prévalu, dès le concile de Latran au treizième siècle, pour les prohibitions de mariage : *Affinitas non parit affinitatem.* (Voy. cependant Modestin, L. 4, § 3, D., *De grad. et adfin.*) Mais les expressions de la loi sont trop formelles pour être susceptibles d'une autre interprétation. Elle distingue, en effet, si le conjoint de la partie est ou non mort sans laisser d'enfants, et elle déclare reprochables, dans l'un et l'autre cas, les *alliés du conjoint,* en faisant seulement varier le degré auquel s'arrête la faculté de reprocher le témoin. Il est presque inutile d'ajouter que rien ne doit empêcher l'admission des parents ou alliés dans les cas où cesse même l'exclusion pour cause de parenté ou d'alliance, c'est-à-dire quand le témoignage domestique devient nécessaire, comme en matière de séparation de corps.

284. Sous le second point de vue, on peut reprocher : 1° le témoin héritier présomptif ou donataire. L'intérêt ou la reconnaissance l'enchaîne au succès de la cause de la partie qui le fait assigner. — 2° Celui qui aura bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête. Ce motif est vivement critiqué par Boitard (sur l'article 283), comme injurieux pour l'honneur des témoins. Malheureusement l'expérience journalière ne vient pas à l'appui de cette généreuse réclamation. Les séductions de cette nature n'ont que trop de prise, même dans la sphère où s'agitent les intérêts les plus élevés. Sans doute, la suspicion vaudrait mieux que l'exclusion facultative. Mais alors on s'attaque à l'ensemble du système, que nous sommes loin de justifier. Une fois le système admis, ce motif de reproche, bien que peu honorable, est loin d'être inutile. Si jamais il convient de prendre les hommes tels qu'ils sont, et non tels qu'ils

devraient être, c'est lorsqu'il s'agit de procédure. — 3° Celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procès. On peut craindre alors, soit un parti pris à l'avance en faveur du consultant, soit l'obstination de l'amour-propre, qui refuse de se démentir. Mais il nous semble (Colmar, 27 janvier 1863) que le certificat donné sur un fait ne rend point le témoin reprochable pour un autre fait. Il ne faut pas entendre seulement par *certificats* les attestations officieuses et volontaires auxquelles on donne habituellement ce nom, telles que les certificats de maladie délivrés par un médecin. Lorsque les membres d'un conseil de famille ou d'un conseil municipal, bien qu'agissant dans l'exercice de leurs fonctions, ont attesté personnellement les faits en litige, ils ne se trouvent plus dans les conditions d'indépendance d'esprit nécessaires pour déposer en justice dans le système de la loi, et ils deviennent dès lors reprochables. (Rej., 2 juillet 1835; Montpellier, 13 juillet 1847.) Il en serait autrement s'ils avaient seulement émis leur avis sur la question, sans rien attester personnellement. (Cass., 25 juillet 1826; Douai, 1er février 1847.) On a également refusé, et avec raison, de considérer comme ayant donné un certificat l'officier public qui a reçu, dans l'exercice de ses fonctions, l'acte relativement auquel une enquête est ordonnée : par exemple, le notaire rédacteur d'un testament. (Cass., 23 novembre 1812.) — 4° Les serviteurs et domestiques. « Cil qui sont à mon pain ou à mon pot », dit Beaumanoir (chap. XXXIX, § 34), « ne doivent pas être oy « en tesmongnage pour moi. » On appelle proprement *serviteurs* ceux qui rendent des services matériels, comme les valets, femmes de chambre, etc., et *domestiques* ceux qui rendent des services d'un ordre plus relevé, comme les secrétaires, les bibliothécaires, etc. Telle était du moins l'ancienne langue. Mais, s'il est vrai que, dans l'une et

l'autre hypothèse, il y a relation intime avec la personne et dès lors présomption de partialité, cette présomption a moins de force quand les services rendus appartiennent à l'ordre intellectuel. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis la faculté de reprocher un commis (Rennes, 30 juillet 1840; Douai, 20 mai 1847), un teneur de livres (Rej., 14 décembre 1869), l'employé d'un chemin de fer (Chambéry, 31 novembre 1866); — mais non le précepteur de l'enfant de l'une des parties, ou le clerc d'un notaire intéressé dans la cause. (Bourges, 6 juin 1825; Riom, 28 novembre 1828.) « A l'égard des ouvriers qui travaillent pour nous », dit Pothier (*Proc. civ.*, part. I^re^, chap. III, art. 4, § 3), « nos « vignerons, nos fermiers, ils peuvent déposer pour ou « contre nous. » Il y a là, du reste, une question d'appréciation, dans laquelle la Cour régulatrice pourra difficilement revenir sur les décisions des juges du fait. Ajoutons qu'en matière de séparation de corps, la même nécessité qui fait admettre les parents, empêche de reprocher les domestiques (C. civ., art. 251); ce qui doit s'entendre même des serviteurs. *Hujusmodi delicta*, dit Mascardus (concl. 60, n° 20), *probari possunt per ipsos testes domesticos, quia solent fieri clam et occulte, et non coram multis.*

285. Les reproches dont nous nous sommes occupé jusqu'ici ont un caractère purement relatif. Ceux dont il nous reste à parler, au contraire, supposent que le témoin est susceptible d'être repoussé dans toute espèce d'affaire, à raison d'une sorte d'infamie qui s'attache à sa personne. Ici s'appliquent encore dans toute leur force les observations de Bentham sur ce qu'a de contraire à la vérité et à la raison cette présomption absolue de mensonge[1]. Sont reprochables,

[1] Dans le droit canonique, on pouvait faire cesser, pour le besoin de la cause, l'incapacité qui frappait le témoin excommunié : *Si contra monachos*, dit Honorius III, *excommunicationem ad impediendum causæ*

sous ce point de vue, le condamné à une peine afflictive ou infamante [1], ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol; bien plus, ceux qui sont en état d'accusation, c'est-à-dire qui ont été renvoyés devant la Cour d'assises par la chambre des mises en accusation. On s'est demandé si la réhabilitation du condamné fait cesser la faculté de le reprocher. Il semblerait naturel de décider que, l'incapacité légale une fois effacée, l'espèce d'infamie qui motive le reproche se trouve anéantie. Mais rien n'indique, dans les expressions de la loi, l'intention de mettre un terme à cette faculté. (Caen, 23 juillet 1840.) Autre chose est l'incapacité de déposer (sauf, suivant nous, les simples déclarations), que la réhabilitation fait effectivement cesser, et qui quelquefois même, notamment au cas de condamnation pour vol (C. pén., art. 401), cesse de droit au bout d'un certain temps; autre chose est la possibilité d'être reproché, qui n'est pas une déchéance encourue par le témoin, mais seulement une garantie pour la partie adverse, garantie à laquelle la loi, à tort peut-être, n'assigne point de terme.

286. Les témoins âgés de moins de quinze ans ne sont point reprochables. (C. de proc., art. 285.) Ils sont entendus, sauf au tribunal à tenir compte de leur âge. Malgré les doutes élevés sur ce point par plusieurs auteurs, nous pensons qu'il faut appliquer ici, par identité de motifs, l'article 79 du Code d'instruction criminelle, qui écarte la prestation de serment. Cette formalité, déjà trop prodiguée chez nous, devient véritablement dérisoire, quand on l'impose à des

processum opponi contingebat, absolvimus eos ad cautelam. — Le Code pénal italien de 1859 (art. 19 et 89) ne reproduit point l'incapacité pour condamnation pénale.

[2] Le condamné pour crime, s'il n'encourt qu'une peine correctionnelle par suite de l'admission de circonstances atténuantes, ne saurait, dans le silence de la loi, être considéré comme reprochable. (Rej., 18 février 1845; Bordeaux, 3 décembre 1857.)

enfants, qui n'en comprennent pas l'importance. Aux termes de l'ordonnance badoise sur la procédure civile (§ 621), les témoins de quatorze à seize ans doivent être soumis à un examen préliminaire, afin de constater si l'intelligence et le sentiment religieux sont chez eux suffisamment développés. En Angleterre et en Amérique, on va plus loin : on admet à la prestation de serment, après examen, des enfants de sept, et même de cinq ans! (M. Greenleaf, tom. I, p. 484 et 485.) Cela tient à ce que l'on n'admet point, dans ces pays, les dépositions non assermentées. Mais il faut convenir que cet examen, s'il est fait d'une manière sommaire, offre peu de garanties, et que s'il est approfondi, il entraîne des lenteurs fâcheuses, surtout en matière criminelle. La loi de procédure autrichienne (§ 204) exclut complétement, en matière civile, les mineurs de quatorze ans [1].

287. Dans les cas prévus par la loi, le reproche peut-il être admis ou rejeté, au gré du juge? L'opinion qui veut que les reproches soient illimités, admet par voie de conséquence (Voy. Rej., 2 janvier 1843, et plusieurs arrêts de Cours d'appel, notamment Riom, 30 mai 1844; Poitiers, 25 avril 1850), que le tribunal a un pouvoir discrétionnaire relativement aux reproches proposés : autrement, les parties imagineraient tous les jours de nouveaux motifs de rejet contre les témoins. Mais ceux qui pensent comme nous que l'article 283 est limitatif n'ont pas à craindre ce danger de l'arbitraire, que l'opinion contraire se crée à plaisir. Sans

[1] Chez nous, il n'y a point lieu d'exiger, comme on le faisait autrefois en matière de possession immémoriale (n° 245), l'âge de quatorze ans chez les témoins, au moment où ils ont eu connaissance des faits. Aucune limite légale n'arrête l'appréciation du juge, et, comme l'a décidé la Cour de Pau le 18 août 1834, il n'y a point de motifs rationnels pour refuser de tenir compte de perceptions et de souvenirs, plus durables dans le premier âge, où les impressions sont plus vives et moins troublées par les soucis et les distractions.

doute, il vaudrait beaucoup mieux laisser au juge un pouvoir discrétionnaire. Malheureusement cette opinion ne nous paraît point compatible avec l'article 291, suivant lequel, si les reproches sont admis, la déposition du témoin reproché ne doit pas être lue. Admettre les reproches sans connaître la déposition des témoins, c'est évidemment se prononcer *a priori* d'après une règle légale, et non après examen des faits. C'est bien ainsi que la Cour d'appel de Turin comprenait le projet, lorsqu'elle disait dans ses observations : « Nous pensons, contre les auteurs du projet, que la dépo-« sition de tous les témoins doit toujours être lue et appré-« ciée par les juges, dans leur sagesse. » Or, le projet n'a subi aucune modification en ce sens au Conseil d'État. Il ne faut donc pas hésiter à reconnaître qu'en restreignant les reproches à des cas déterminés, l'article a entendu établir une obligation, et non pas une faculté pour le juge. Un arrêt de rejet, rendu par la chambre civile le 12 janvier 1848, et de nombreux arrêts de Cours d'appel (Paris, 22 février 1862; Bordeaux, 22 décembre 1862) se sont prononcés dans ce dernier sens.

288. Les reproches sont discutés à l'audience, lorsque l'enquête a été levée et signifiée par la partie la plus diligente, et s'ils ne sont établis que par témoins, il y a lieu à une nouvelle enquête, qui se fait sommairement, c'est-à-dire devant le tribunal. (C. de proc., art. 287-290.) Les témoins entendus dans cette nouvelle enquête devaient-ils pouvoir être reprochés? La logique conduirait à répondre affirmativement sans distinction; car pourquoi serait-on reçu plus facilement à établir les motifs de reproches qu'à prouver les faits principaux? Mais si on admettait de troisièmes témoins à venir déposer sur les reproches adressés aux seconds témoins qui reprochent les premiers, pourquoi ne pourrait-on pas de même articuler contre ces troisièmes témoins des

reproches qui donneraient lieu à une quatrième enquête, et ainsi de suite à l'infini? On a senti qu'il fallait s'arrêter sur cette pente glissante. De là l'ancienne maxime (Loisel, *Inst. cout.*, liv. V, tit. V, n° 18) : *Reprobatoires de reprobatoires ne sont pas reçus.* Ce principe remonte au droit canonique. Cujas dit, dans son commentaire sur les Décrétales (ad cap. XLIX, *De testibus*) : *Testes testibus refelli posse semel et iterum, non tertium: alioquin nullus esset litium finis, nullus calumniandi modus.* Dans le même esprit, le Code de procédure n'admet contre les témoins produits dans la seconde enquête, dans celle qui a lieu sommairement sur les reproches, que des reproches justifiés par écrit. (*Ibid.*, art. 290.) C'est là un expédient sans doute plutôt qu'un moyen régulier de sortir d'affaire; mais procéder autrement, c'eût été s'engager dans une voie sans issue. Ce qu'il y a de certain, c'est que les conséquences du système en accusent le vice.

§ 4. APPRÉCIATION DES TÉMOIGNAGES.

SOMMAIRE. — 289. Il faut peser, et non compter les témoignages. — 290. Ancienne théorie de la preuve légale. — 291. Distinction de la conviction de l'homme et de celle du juge. — 292. Exclusion du témoin unique. — 293. Foi attachée au concours de deux témoignages irréprochables. — 294. Peut-on entendre plusieurs fois le même témoin? — 295. Application du calcul à la preuve testimoniale. — 296. De la déposition à titre de simple renseignement. — 297. *Testimoniomètre* de Bentham et de la procédure d'Autriche. — 298. La doctrine moderne se borne à conseiller le juge.

289. Cette vérité de sens commun, qu'il faut peser les témoignages et non les compter, a été proclamée par les jurisconsultes romains, qui, comme nous l'avons vu, n'admettaient pas un système de preuves légales. Effacée pendant bien des siècles, cette vérité n'a été remise en honneur chez nous qu'à la fin du dernier siècle. Il a fallu une révolution complète dans la législation pour qu'on en revînt aux notions simples et raisonnables, que la force de l'habitude et des préjugés avait étouffées chez les meilleurs esprits.

290. Les règles techniques sur la preuve testimoniale,

imaginées ou du moins développées par les docteurs du moyen âge, sont de deux natures. Elles tendent, ou à exiger absolument certaines conditions pour que la conviction légale puisse exister, ou, ce qui est plus exorbitant, à créer dans certains cas une conviction légale factice, lors même que la véritable conviction n'existerait pas.

291. C'est des règles de la première nature que tire son origine la maxime souvent répétée : *Je suis convaincu comme homme, mais je ne le suis pas comme juge.* Cette distinction n'aurait rien que de raisonnable, si on entendait seulement dire que telle probabilité, qui est admise comme preuve dans les relations ordinaires de la vie, ne saurait avoir la même force en matière judiciaire. Mais si on veut dire, et c'est en ce sens que la maxime était entendue autrefois, qu'en l'absence de certaines conditions déterminées, le juge ne doit pas se décider à croire, malgré l'intime conviction qu'il éprouve, on met la loi en opposition avec le sens commun.

292. La plus célèbre des exclusions motivées sur ce que le témoignage est réputé insuffisant *a priori*, c'est celle qui consiste dans l'exclusion d'un témoin unique. L'idée sur laquelle repose cette exclusion est le danger de s'en rapporter à un seul homme, quand il y a déjà tant de chances de fraude ou d'erreur dans les dépositions conformes de plusieurs. Mais que peut-on conclure de là ? Qu'une déposition isolée ne doit être accueillie qu'avec la plus grande circonspection. Telle paraît avoir été aussi l'opinion des Romains, du moins jusqu'à l'époque du Bas-Empire. Valère Maxime (liv. IV, chap. 1er, § 11) nous rapporte que Q. Scævola (peut-être le jurisconsulte Q. Mucius) disait, après avoir déposé dans une affaire : « Ita sibi credi oportere, si « alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio aliquem « credere pessimi esset exempli. » Et ces paroles nous sont

citées comme une preuve de modestie : éloge qui n'aurait pas de sens, si l'exclusion d'un témoin unique avait été imposée par la loi. Quintilien (338e déclamat.) invoque également la circonstance qu'un témoin est unique, comme moyen oratoire, et nullement comme argument légal. Quant aux textes des jurisconsultes, on y retrouve sans cesse le principe qu'il ne faut pas s'attacher au nombre des témoins. « Non ad multitudinem testium respici oportet », dit Arcadius (L. 21, § 3, D., *De testib.*), « sed ad sinceram « testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux ve- « ritatis adsistit. » Or, un témoignage isolé peut être empreint d'un caractère frappant de vérité, qui manquerait à des témoignages nombreux, mais suspects. Si on lit dans un décret impérial cité par Paul (L. 20, D., *De quæst.*), *unius testimonio non esse credendum*, il faut remarquer que le témoin dont il s'agissait dans l'espèce était suspect, comme fils de l'affranchi de la partie qui le produisait en sa faveur. Le décret peut donc avoir statué plutôt en fait qu'en droit. Un autre texte, dont on a singulièrement abusé, c'est la loi 12, D., *De testibus*. « Ubi numerus testium non adjici- « tur », dit Ulpien, « etiam duo sufficient. » Donc, s'est-on écrié, si deux témoins peuvent suffire, il en faut au moins deux. Mais la pensée du jurisconsulte se trouve éclaircie par ce qui suit : « Pluralis enim elocutio duorum numero con- « tenta est. » Ulpien fait manifestement allusion à des lois spéciales qui exigeaient au pluriel *des témoins*, probablement dans des actes extrajudiciaires, et décide, comme on le ferait encore aujourd'hui, que deux suffisent. Mais il n'y a là aucun principe général sur le nombre des témoins requis en justice.

Ce n'est que sous Constantin que nous voyons l'exclusion nettement formulée; et encore l'empereur n'en vint-il là qu'à la suite d'une première constitution, qui recomman-

dait seulement aux juges d'être circonspects : « Simili modo « sanximus (L. 9, § 1, Cod. *De testib.*) ut unius testimonium « nemo judicum in quacumque causa facile patiatur admitti. « Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis res- « ponsio non audiatur, etiamsi præclaræ curiæ honore præ- « fulgeat. » C'est donc au Bas-Empire qu'appartient l'introduction de la maxime *Testis unus, testis nullus*, ou, comme le dit Loysel (*Instit. coutum.*, tit. des preuves, § 10) : *Voix d'un, voix de nun*. Le droit canonique proclama également cette maxime, en se fondant soit sur l'autorité des lois romaines, soit sur celle de la Bible, où on lit dans le Deutéronome (chap. XIX, vers. 15) : « Non stabit testis unus contra « aliquem, quidquid illud peccati et facinoris fuerit : sed in « ore duorum aut trium testium stabit omne verbum. » Mais cette règle, utile chez un peuple grossier, qui avait besoin d'être guidé par des prescriptions positives et littérales, ne méritait pas plus d'être transportée chez les peuples modernes, que tant d'autres préceptes de la loi mosaïque dont le caractère local et temporaire n'est pas contesté. Ce fut cependant d'après ces autorités que les Décrétales finirent par ériger en règle absolue l'exclusion d'un témoin unique, fût-il évêque ou même archevêque ; le pape seul avait le privilége d'en être cru sur sa déclaration : *Idem in episcopo et archiepiscopo* (dit Cujas, *Comment. sur les Décrétales*, tit. *De testibus*, chap. XXVIII), *sed non in Romano Pontifice, qui vel cujus vox instar esse debet multorum*[1]. Suivant une revue anglaise (*Law Review*, mai 1846, pag. 132-135), les cours ecclésiastiques en Angleterre appliquent encore aujourd'hui de la manière la plus exagérée la règle de la pluralité des témoins. Ainsi, un mari n'a pu obtenir le di-

[1] L'ancien droit canonique n'allait pas aussi loin : *Olim tamen*, dit Cujas (*ibid.*, *cap.* XXIII), *unius episcopi testimonio plerisque in causis, cum erant sanctissimi episcopi, fides habebatur*.

vorce pour cause d'adultère, bien qu'il eût surpris sa femme en flagrant délit, parce qu'il n'avait avec lui qu'un seul témoin, une femme de chambre. Quelquefois on exige cinq témoins. Enfin, il fallait autrefois jusqu'à sept témoins oculaires pour convaincre un cardinal d'incontinence! M. Greenleaf repousse avec raison, comme contraire au génie des institutions américaines, l'importation aux États-Unis de pareils principes.

Ils avaient cependant prévalu dans notre ancienne pratique française. « En ceste manière de proeve », dit Beaumanoir (chap. XXXIX, § 5), « convient-il deux loiax tesmoins au moins. » Pothier dit également (*Oblig.*, n° 818) : « Le « témoignage d'un seul témoin ne peut faire une preuve, « quelque digne de foi qu'il soit, et en quelque dignité qu'il « soit constitué. Mais un témoin unique fait une semi- « preuve, laquelle étant soutenue du serment, peut quel- « quefois, dans des matières très-légères, compléter la « preuve. C'est sur ce principe que notre coutume d'Or- « léans, article 156, décide que, lorsque quelqu'un a laissé « paître ses bêtes dans l'héritage d'autrui, et qu'elles y ont « fait dommage, la preuve de l'obligation résultante de ce « dommage peut se faire par un témoin et le serment du « demandeur, pourvu qu'il ne prétende pas plus de vingt « sous, si le dommage a été fait de jour, et de quarante « sous, si le dommage a été fait de nuit. » On voit que la dérogation est faible et de nature à peu compromettre le principe.

Aujourd'hui, bien qu'aucun texte de nos lois civiles ne revienne expressément sur la maxime *Testis unus, testis nullus*, bien que le système de l'intime conviction n'ait été proclamé qu'au criminel (C. d'instr., art. 342), nul n'hésite à considérer le juge comme dégagé de cette ancienne restriction, par cela seul qu'elle n'a pas été reproduite. (Voy.

n° 131.) « La déposition d'un témoin unique », dit Philipps (*On the law of evidence*, liv. I, part. I, chap. VII, sect. I), « peut être si précise, si complète, si impartiale, si déga-« gée de toute hésitation, qu'elle produise dans l'esprit le « plus scrupuleux la plus forte et la plus profonde convic-« tion. » De plus, cette idée qu'on peut tout faire impunément en présence d'un seul homme, est éminemment déraisonnable [1]. Elle était, du reste, moins favorable à l'humanité qu'on ne serait tenté de le croire au premier abord; à défaut de témoignage suffisant, il fallait obtenir un aveu, et pour l'obtenir à tout prix dans les cas graves, on avait recours à la torture. C'est ainsi qu'une doctrine trop relâchée finissait par conduire à une excessive rigueur. Rien de pareil aujourd'hui : le tribunal qui s'attacherait trop facilement à un seul témoignage, pourrait mal juger, mais sa décision, ne violant aucune loi, ne saurait donner prise à un recours en cassation. (Voir un arrêt de rejet du 22 novembre 1815.) Bien plus, la Cour de cassation a jugé (Rej., 20 juin 1864) que les tribunaux français ne sont pas tenus d'appliquer, même entre musulmans, la règle *Testis unus, testis nullus*, qui paraît consacrée par la loi musulmane.

293. Si la règle de l'exclusion d'un témoin unique n'était pas parfaitement raisonnable, un principe bien autrement dangereux, c'était celui qui, créant une conviction légale toute factice, voulait, au contraire, que la déposition conforme de deux témoins non suspects entraînât forcément

[1] On retrouve cependant encore l'exclusion d'un témoin unique, non-seulement dans les législations allemandes, toujours si attachées aux précédents, mais même dans le Code hollandais de 1838, calqué en grande partie sur notre Code civil : « La déposition d'un seul témoin », dit l'art. 1941 de ce Code, « dénuée de tout autre moyen de preuve, ne fait pas foi en justice. » En Angleterre, le principe *Responsio unius omnino non audiatur*, admis autrefois en thèse générale, a encore laissé de fortes traces, même dans les cours laïques, mais il tend tous les jours à s'effacer. (M. Greenleaf, tom. I, p. 335 et suiv.)

condamnation. Ici l'application des textes du *Corpus juris* était complétement faussée; car jamais pareille erreur logique ne fut professée à Rome, ni même à Constantinople. Voulût-on appliquer aux témoins judiciaires (n° 292) la loi 12, *De testibus*, suivant laquelle deux témoins suffisent, *etiam duo sufficient*, il en résulterait la possibilité de condamner sur le rapport de deux témoins, mais nullement l'obligation de le faire. Le nombre n'est jamais pour les jurisconsultes romains qu'un des éléments d'appréciation. *Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem.* (Callistr., L. 3, § 3, D., *De testib.*) Quant à l'Écriture sainte, dont l'interprétation eut encore ici une influence sensible sur notre ancienne procédure, empruntée en grande partie au droit canonique, le texte du Deutéronome que nous avons cité exclut bien un témoin unique, mais ne paraît nullement imposer l'obligation de prononcer conformément à la déclaration d'un certain nombre de témoins. Fallût-il le prendre à la lettre, les expressions *in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum* auraient exigé du moins qu'on allât jusqu'au nombre trois, chiffre que l'on retrouve dans les lois de Manou, avant de proclamer un résultat aussi exorbitant que la foi obligée au témoignage [1]. Pothier, si judicieux d'ordinaire, admet cependant encore sans hésiter cette singulière doctrine, qui place l'infaillibilité dans le témoignage de deux hommes, en même temps qu'elle ne voit qu'erreur dans le témoignage d'un seul. Il suppose (*Oblig.*, n°s 818 et 819) que deux personnes déclarent, l'une avoir vu prêter une somme d'argent, l'autre avoir entendu avouer le prêt : « Le prêt se trouve donc attesté par deux témoins, et

[1] Dans le droit canonique, d'où vient cette singulière doctrine, le chiffre de deux témoins constituait une sorte d'unité légale : deux témoins contrebalançaient l'autorité d'un acte public; quatre témoins avaient une autorité supérieure à celle de l'acte. (Cujas, *Decret., ad cap.* x, *De fid instr.*)

« par conséquent pleinement prouvé[1]. Quoique deux té-
« moins », ajoute-t-il, « suffisent pour faire la preuve d'un
« fait, néanmoins, comme la partie qui a été admise à la
« preuve n'est pas assurée de ce que les témoins dépose-
« ront, elle en peut faire entendre jusqu'à dix sur le même
« fait : l'audition de ceux qu'elle aurait fait entendre au delà
« de ce nombre ne doit pas passer dans la taxe des dépens
« qui lui auraient été adjugés. » (Ord. de 1667, tit. XXII, art. 21.) Il en est de même aujourd'hui pour ce qui excède le nombre cinq. Le Code de procédure (art. 281), craignant que la multiplicité des faits à prouver n'imposât des frais trop onéreux à la partie adverse, a été encore plus sobre d'allocations que l'ordonnance de 1667. Mais il est clair qu'on peut toujours assigner à ses frais un plus grand nombre de témoins. Un jugement qui, en accordant une prorogation d'enquête, avait limité à deux le nombre des témoins qui pouvaient être entendus, a été infirmé par la cour d'Agen, le 14 février 1853. Aujourd'hui cette question de tarif est la seule dont on ait à se préoccuper, en ce qui touche le nombre des dépositions. Car, si l'exclusion d'un témoin unique est suffisamment abolie par le silence de nos Codes, il en est de même à plus forte raison de la foi tout artificielle qu'une fausse interprétation des textes attachait au rapport de deux hommes. Dans le droit commun allemand, si le premier de ces principes est encore en vigueur, le second du moins est aujourd'hui abandonné, si toutefois il y a jamais été suivi[2] (voy. M. Mittermaier, *De la preuve en*

[1] Cette décomposition de la preuve en deux parties est également admise par Mascardus (*concl.* 65) en matière d'adultère : *Testis unus de una die et loco, alius de alia deponens, adulterium probant.*

[2] Le § 201 du Code de procédure civile d'Autriche, en faisant résulter une preuve pleine de la déposition concordante de deux témoins irréfragables, semble tout à fait dans les errements de notre ancienne doctrine sur la preuve légale ; mais le Code de procédure pénale de 1853 (§ 258-282) ne

matière criminelle, ch. XLV) ; et l'on peut considérer comme l'expression de la doctrine allemande actuelle un amendement présenté par Robespierre à l'Assemblée constituante (séance du 4 janvier 1791 [1]) et ainsi conçu : « L'accusé ne « pourra être déclaré convaincu toutes les fois que les « preuves déterminées par la loi n'existeront pas. L'accusé « ne pourra être condamné sur les preuves légales si elles « sont contraires à la connaissance et à la conviction intime « des juges. »

294. Un même témoin peut-il être entendu plusieurs fois dans la même enquête? Pour l'affirmative, on peut dire que, la loi étant muette, le juge doit pouvoir ordonner la réassignation, si de nouveaux renseignements semblent nécessaires, ainsi que cela aurait lieu en matière criminelle. Mais il ne faut pas perdre de vue que le Code de procédure a établi une marche toute spéciale, fondée sur le danger de la subornation des témoins. Or, il est fort à craindre que le témoin qui a déposé une première fois ne soit pratiqué par les parties, si on l'autorise à déposer encore. Aussi la négative, admise sous l'empire de l'ordonnance de 1667 (Serpillon, sur le tit. XXIV, art. 16), a-t-elle été également consacrée dans le droit moderne [2]. (Limoges, 11 janvier 1834; Caen, 23 mars 1854.)

295. Mais il n'y a point lieu de revenir aux errements de l'ancien droit en ce qui touche l'application du calcul à la preuve testimoniale. Outre les deux règles principales, bien simples dans la pratique, puisqu'un seul témoignage

consacre plus que ce que les Allemands appellent une *Théorie négative des preuves*.

[1] Dans la discussion de l'Assemblée, l'ancien système de la preuve légale a été soutenu par Tronchet et combattu par Thouret, comme absurde en soi, comme également dangereux pour la société et pour l'accusé.

[2] Toutefois, un témoin qui a déposé dans l'enquête, peut encore déposer dans la contre-enquête; il s'agit d'autres faits. (Bastia, 22 juillet 1857.)

était repoussé, tandis que deux faisaient pleine foi, quelques-uns admettaient encore un calcul de fractions. Ainsi, le parlement de Toulouse voulait bien, contre le prescrit de l'ordonnance de 1667, que le tribunal prît connaissance des dépositions des témoins reprochés; mais, au lieu d'en venir à la libre appréciation du juge, seule conséquence raisonnable de ce système, il établissait une évaluation mathématique de la valeur de chaque témoignage suspect, considéré comme partie aliquote d'un témoignage irréprochable. « Le parlement de Toulouse », dit Rodier (sur l'ord. de 1667, tit. XXIII), « a une façon particulière de juger « les reproches et les objets [1] : il les admet quelquefois se- « lon leur différente qualité, de façon qu'ils n'emportent pas « la déposition du témoin en entier, mais qu'elle subsiste « pour un huitième, pour un quart, pour la moitié, pour « les trois quarts; et une déposition ainsi réduite de valeur « a besoin du secours d'une autre pour devenir entière; par « exemple, si, sur les dépositions de quatre témoins ob- « jectés, deux sont réduits à moitié, cela fait un témoin; si « la troisième est réduite au quart, et la quatrième aux trois « quarts, cela fait un autre témoin, et par conséquent il se « trouve une preuve suffisante de témoins, quoique tous « aient été objectés, et souffert quelque atteinte des objets « proposés. » De même, lorsque les femmes eurent été admises à témoigner, par une ordonnance de Charles VI du 15 novembre 1394 [2], on fut longtemps avant de considérer leur déposition comme équivalant à celle d'un homme. Bruneau (*Observat. crim.*, tit. VIII, n° 40), bien que con-

[1] *Objets* signifie ici *objects*, objections; ce qui est synonyme de reproches.

[2] Beaumanoir nous apprend en effet (ch. XXXIX, § 31) que de son temps les femmes étaient reprochables : « Dames qui sunt atraites en tesmoignages, ne doivent pas estre recheues, se eles sunt debatues de celi contre qui eles sunt traites, por nul estat que eles aient, soit qu'eles *soient* veves, ou mariées, ou puceles »

temporain de madame de Sévigné, ne craignait pas d'écrire en 1686 que la déposition de trois femmes ne vaut que celle de deux hommes. A Berne, jusqu'en 1821, dans le canton de Vaud, jusqu'en 1824, il fallait le témoignage de deux femmes pour contre-balancer celui d'un homme. Encore négligeons-nous les sous-distinctions qui venaient compliquer le système, par exemple, le principe qu'une vierge méritait plus de confiance qu'une veuve : *Magis creditur virgini quam viduæ.* (Farinacius, *De opp. contra dicta testium*, quest. 65, § 180.) M. Mittermaier fait remarquer, au contraire (trad. de M. Alexandre, p. 359), que, dans tel cas donné, la femme observera mieux que l'homme, s'il s'agit d'objets qui entrent plus naturellement dans le cercle des choses qui l'intéressent, par exemple, s'il s'agit d'une grossesse, de détails de costume, etc. Enfin, on tenait compte jadis de l'âge d'une manière non moins arbitraire, lorsqu'on décidait (Mascardus, concl. 1301, nos 3 et 4) que, dans le conflit des témoins, les plus âgés devaient être préférés aux plus jeunes, ou que du moins, pour établir le contraire, il fallait avoir quinze témoins. Les faits donnent un démenti trop facile à ces prescriptions édictées *a priori* [1].

296. Lorsqu'on disait jadis que telle personne n'était apte qu'à faire une simple déclaration, qu'à donner de simples renseignements, cette restriction avait une haute importance, puisqu'elle indiquait qu'une déposition de cette nature ne pouvait jamais être une unité, mais tout au plus une fraction, dans le calcul légal des témoignages. Aujourd'hui, au contraire, quand l'article 285 du Code de procédure nous dit que les individus âgés de moins de quinze

[1] Il faut en dire autant de la vieille maxime *Falsus in uno, falsus in omnibus*, encore suivie par la chancellerie anglaise (M. Greenleaf, tom. III, p. 338), comme si celui qui a menti une fois, ne pouvait pas dire vrai dans une seconde occasion, s'il n'a aucun motif pour s'écarter de la vérité.

ans révolus seront entendus, sauf à avoir à leur déposition tel égard que de raison, il n'y a là qu'un avertissement pour le juge d'être circonspect. Mais s'il est intimement convaincu que le mineur de quinze ans dit la vérité, rien ne l'empêche de se décider d'après sa déclaration, fût-elle isolée.

297. Bentham, qui critique avec tant d'énergie ces déplorables procédés de nos vieux légistes, propose lui-même, pour l'appréciation de la force des témoignages, un expédient auquel on est fondé à adresser les mêmes reproches. « Représentez-vous », dit-il (*Preuves judiciaires*, liv. I, ch. XVII), « l'image d'une échelle divisée en dix degrés : « elle a un côté *positif*, sur lequel on inscrit les degrés de « persuasion positive, c'est-à-dire affirmant l'existence du « fait en question, et un côté *négatif*, sur lequel on inscrit « les degrés de persuasion négative, c'est-à-dire niant l'exis- « tence du même fait; au bas de l'échelle est 0, par lequel « on dénote l'absence de toute persuasion pour ou contre. « Le témoin dit : Ma persuasion est de cinq degrés ou de « dix degrés du côté positif, de dix degrés ou de cinq degrés « du côté négatif, comme, en parlant de la température « indiquée par le thermomètre, on dit : Le mercure est à « dix degrés au-dessus ou au-dessous de zéro... Suivez les « progrès de l'esprit humain : on cherche en tout à donner « à d'anciennes mesures un degré additionnel de perfection » L'électromètre, le calorimètre, le photomètre, sont des « productions de nos jours. La justice demande-t-elle donc « moins de précision que la chimie? » Cette découverte de Bentham a excité fort peu d'enthousiasme. On a senti que son *testimoniomètre* n'était pas moins arbitraire que le calcul des fractions usité jadis à Toulouse. M. Wills (*Circumstantial evidence*, ch. I, sect. III) a répondu à Bentham qu'on ne prouve pas un événement historique comme on prouve l'égalité de deux triangles qui ont un angle égal compris entre

deux côtés égaux. Et cependant la procédure civile de l'Autriche, à la veille, nous l'espérons, d'être réformée, semble avoir voulu réaliser la théorie de Bentham. D'après le témoignage de M. le professeur Beidtel (*Proc. ordin.*, § 135), « au-dessus du milieu de l'échelle de vraisemblance, la loi « place un point de repos. Sur ce point de repos, la preuve « juridique est une deuxième demi-preuve. Au-dessous de « ce point de repos, elle s'appelle une première demi- « preuve, etc. » La persuasion positive ou négative n'est pas susceptible de se résoudre ainsi en chiffres. Soumise au scalpel de l'analyse, l'intime conviction se flétrit, de même que les fleurs d'un herbier se dessèchent et perdent leurs vives couleurs.

298. Aujourd'hui qu'il ne peut plus être question que d'une certitude morale, les conseils qu'il convient de donner au juge, au cas de collision des témoignages, seront, comme à Rome, fondés uniquement sur le bon sens et sur l'observation. C'est ainsi que les témoins qui déposent *de visu* méritent plus de confiance que ceux qui déposent seulement *ex auditu*. « Un seul œil », dit Loysel (*Inst. cout.*, tit. des preuves, § 3), « a plus de crédit que deux oreilles « n'ont d'*audivi*. » A plus forte raison devra-t-on admettre avec une extrême circonspection les dépositions qui ne reposent que sur des ouï-dire. Nous avons fait ressortir, en parlant de la preuve testimoniale au second degré (n° 240), le danger que présentent des dépositions ainsi basées sur la simple renommée. On a fait une foule de remarques de cette nature; mais ce ne sont là, après tout, que des indications, et non des préceptes positifs. Ceux qui voudraient de plus amples détails peuvent consulter dans Toullier (à la fin du tome IX) le chapitre *De la collision des témoignages*, où ils trouveront un résumé assez complet des observations,

souvent plus morales que scientifiques, faites par nos anciens auteurs sur la crédibilité des témoins.

§ 5. INFLUENCE DE L'ENQUÊTE SUR LA DÉCISION DÉFINITIVE.

SOMMAIRE. — 299. Influence du jugement interlocutoire, en général, sur le jugement définitif. — 300. En quel sens on se demande si l'interlocutoire lie le juge. — 301. Examen de la question.

299. Si les dépositions des témoins paraissent concluantes au juge, sera-t-il par cela même obligé de donner gain de cause sur la question en litige à la partie à laquelle l'enquête a été favorable? Cette question se rattache à une question plus large, qui consiste à savoir en quel sens on peut dire que le juge n'est pas lié par un jugement interlocutoire, tel que celui qui dans l'espèce a ordonné l'enquête.

300. Remarquons d'abord qu'il ne s'agit pas de soutenir, ce qui n'a jamais été admis dans la jurisprudence, que le tribunal ait le droit de revenir sur un interlocutoire prononcé, et de le rétracter par une sorte de caprice. Il est vrai qu'on disait à Rome (Cels., L. 13, D., *De re judic.*) : *Quod jussit vetuitve judex, contrario imperio tollere et repetere licet : de sententiis contra.* Mais ce texte ne s'appliquait, comme l'indique assez la réserve faite pour les sentences, qu'à des ordres donnés incidemment, lorsque l'action était arbitraire, ordres qui, de même que nos jugements préparatoires, n'avaient aucun caractère irrévocable. Lorsque, au contraire, une décision prononcée contradictoirement préjuge le fond, il est clair que le tribunal, qui l'a rendue en connaissance de cause, est, tout aussi bien que les parties, obligé de l'exécuter. Tout au plus pourrait-on appliquer la loi 13, *De re judicata,* aux décisions prescrivant d'office l'administration de telle ou telle preuve. Mais lorsque, sur une articulation de faits à prouver, le tribunal a ordonné une enquête, et que la partie contre les conclusions de laquelle

a été rendu le jugement interlocutoire, ne l'a point attaqué ou l'a vainement attaqué par les voies de recours légales, on ne peut plus remettre en question l'admissibilité de l'enquête, mais seulement en débattre les résultats. (Rej., 8 janvier 1829; Cass., 28 mai 1836.) Il en est de même, à plus forte raison, si elle a exécuté le jugement sans réserve. (Rej., 7 décembre 1864.) Si on trouve quelquefois dans d'anciens auteurs la règle que l'interlocutoire ne lie pas le juge appliquée dans le sens de la loi 13, *De re judicata*, c'est qu'autrefois la signification des mots *interlocutoire* et *préparatoire* n'était pas bien fixée, et qu'on les employait l'un pour l'autre. La pensée de ces auteurs, quelque équivoques que fussent leurs expressions, n'allait pas au delà des décisions purement préparatoires.

301. Ce n'est pas là qu'est la difficulté. Elle est tout entière dans l'influence que devra exercer l'interlocutoire sur le jugement définitif. Des auteurs distingués ne paraissent pas concevoir qu'on puisse élever des doutes sur la plénitude de cette influence. « Le tribunal », dit Boitard (sur l'art. 452 du Code de procédure), « en m'admettant à « prouver par témoins l'existence de l'obligation contestée, « et en m'y admettant malgré votre opposition, reconnaît et « annonce par là même, implicitement, si vous voulez, mais « du moins très-clairement, que, si les témoins déposent « avec des caractères suffisants de vérité, vous serez con- « damné à me rembourser la somme. » Mais cette proposition nous semble beaucoup trop générale. L'admission de la preuve testimoniale suppose la solution affirmative de deux questions, l'une de fait, l'autre de droit : 1° les faits sont-ils admissibles? 2° la loi en permet-elle la preuve? (C. de proc., art. 253)?

Quant à la question de droit, dont Boitard paraît surtout préoccupé, il a parfaitement raison. Le tribunal ne peut se

déjuger, une fois qu'il a proclamé la preuve testimoniale permise ou proscrite par la loi; il peut encore moins appartenir aux parties, qui avaient la faculté d'interjeter appel, de demander au tribunal de se déjuger. (Rej., 12 janvier 1836.) Toutefois la doctrine contraire a été récemment soutenue par M. Griolet. (*Autorité de la chose jugée*, p. 119.) Suivant cet ingénieux auteur, « quand un tribunal déclare une preuve « admissible, il tranche une pure question de droit, dont la « solution ne sera qu'un motif objectif de la décision qu'il « rendra sur l'existence du droit contesté. » Il cite, à l'appui de son opinion, un arrêt savamment motivé, rendu par la Cour de Nancy le 28 juillet 1817. Mais il nous semble impossible d'admettre qu'un tribunal se prononce, après débat, sur l'admissibilité de la preuve testimoniale, que sa décision soit confirmée sur appel, l'arrêt d'appel enfin maintenu par la Cour de cassation, et que toute cette procédure ne constitue qu'une simple opération mentale, suivant les expressions de la Cour de Nancy. Avec une pareille extension, la maxime que l'interlocutoire ne lie point le juge nous semblerait aussi dangereuse qu'irrationnelle.

Il en est autrement en ce qui touche l'admissibilité des faits. C'est ici que la maxime a été appliquée, et que nos anciens auteurs ont constamment décidé que le juge, en ordonnant la preuve de certains faits, ne s'engage point par cela même à subordonner sa sentence définitive au résultat de l'enquête[1]. « Dans tous les temps et dans tous les pays »,

[1] Remarquons cependant qu'il ne faut pas confondre avec un jugement véritablement interlocutoire, celui qui pose les bases des condamnations à prononcer, tout en nommant des experts ou des arbitres pour en fixer le montant. Un pareil jugement ne se contente pas de préjuger, il juge, et doit dès lors être considéré comme définitif, quant aux bases établies. (Rej., 12 avril 1847; voy. aussi Rej., 25 février 1863.) Aussi est-il prudent, pour éviter toute difficulté dans les cas douteux, de déclarer, lorsque l'on ne veut rendre qu'un jugement interlocutoire, qu'il est statué *avant faire droit et sans rien préjuger au fond*. (Rej., 29 mars 1836.)

dit Merlin (*Répert.*, v° JUGEMENT, § 3), « on a constamment « tenu pour maxime qu'après avoir ordonné la preuve d'un « fait qui lui paraissait décisif, le juge, qui reconnaît que ce « fait est indifférent, peut prononcer contre la partie même « qui a fait la preuve. » « En effet », dit Duparc-Poullain (*Principes du droit*, tom. IX, p. 494), « tout juge qui or- « donne un genre d'instruction est toujours présumé s'être « réservé la liberté de juger entre les parties suivant l'équité, « et conséquemment de conserver tous leurs droits jusqu'au « jugement définitif. Il n'y a souvent qu'une instruction « parfaite qui puisse développer au juge le vrai point de déci- « sion; et si on lui ôtait la liberté de s'écarter du préjugé « qu'il a lui-même établi par un interlocutoire, lorsque l'in- « struction était imparfaite, on le placerait dans la nécessité « de commettre une injustice, quelque pures qu'eussent été « ses intentions lorsqu'il l'aurait rendu. »

Du principe que les juges se réservent toute liberté d'appréciation, il résulte cette première conséquence, qu'ils peuvent prononcer en faveur de la partie qui a obtenu l'enquête, en se basant sur d'autres preuves que la preuve par témoins. L'enquête doit être combinée avec l'étude approfondie de tous les documents de la cause, dont le juge n'est jamais présumé s'être dessaisi. C'est ainsi qu'il a été décidé (Toulouse, 2 janvier 1841) qu'après avoir ordonné la preuve par témoins de faits établis par titres, sur le motif que les titres n'étaient pas suffisants, on avait pu ensuite, bien que l'enquête eût été annulée, reconnaître les faits comme suffisamment établis par les titres mêmes. A plus forte raison peut-on, après avoir ordonné une enquête pour établir la prescription trentenaire, compléter par des présomptions la preuve résultant de l'enquête. (Rej., 16 avril 1860.) — Une seconde conséquence, celle que signale Merlin, du principe de la libre appréciation du juge, c'est qu'il peut aller jusqu'à

écarter définitivement les faits auxquels il attribuait prima *facie* une importance qu'ils ne présentent plus après un examen approfondi. Ainsi, on a jugé, en matière de séparation de corps (Rej., 3 février 1863), que les faits admis par le jugement interlocutoire, bien qu'établis par l'enquête, avaient pu être écartés lors du jugement définitif; en matière criminelle (Cass., 28 mai 1836), qu'après avoir été admis à la preuve d'un fait justificatif du délit, un prévenu avait pu, bien qu'il eût établi le fait, être condamné, si l'on reconnaissait, après mûr examen, que le fait n'était pas justificatif; — en sens inverse (Rej., 21 août 1871), qu'il est permis au juge, mieux informé, de revenir à la preuve de faits qu'il avait d'abord rejetés comme non concluants. Et qu'on ne dise pas que cette doctrine tend à confondre les jugements interlocutoires avec ceux qui ne sont que préparatoires, puisque le fond ne serait pas préjugé, contrairement à la disposition de l'article 452 du Code de procédure. D'abord il y a toujours préjugé pour la question de droit; et de plus, il suffit qu'en fait l'enquête ait une influence considérable sur le résultat du procès, quand même cette influence ne serait pas absolue, pour que le jugement qui l'ordonne ait un caractère à part, et puisse dès lors être frappé d'un appel immédiat. (C. de proc., art. 451.) Après tout, le tribunal, en ordonnant une mesure qu'il juge utile à la manifestation de la vérité, peut donner des espérances à la partie qui a réclamé cette mesure, mais il ne contracte ni ne doit contracter aucun engagement envers elle. Autre chose est de déclarer une enquête légale et admissible, autre chose est de s'astreindre à prononcer aveuglément d'après les données de l'enquête, quelques lumières que puisse faire jaillir d'ailleurs un examen plus approfondi de la cause. Entendue de cette manière, la maxime que l'interlocutoire ne lie pas le juge est loin de mériter le dédain avec lequel,

elle a été accueillie par les esprits qui n'en ont pas bien saisi le sens pratique. Aujourd'hui les hommes les plus éclairés, en Allemagne, demandent la réforme du principe contraire, consacré dans certains pays, notamment en Bavière (*Revue critique*, tom. XVIII, p. 63, note de M. Becker), sous le nom d'*eventual maxime*. Dans ce système, le juge se lie les mains à l'avance, en disant formellement : Si le demandeur prouve contre le défendeur, par telle ou telle voie déterminée, qu'il lui a prêté cinq cents florins, que ce dernier soit dès à présent condamné à les payer. Il est à remarquer, du reste, qu'en Autriche une résolution souveraine, du 30 mai 1835, a aboli ces sortes de condamnations conditionnelles. (Voy. aussi Cod. de proc. de Naples, art. 515.) La meilleure marche n'est-elle pas celle qui, au lieu d'enchaîner le juge à une seule voie d'information, lui conserve le plus longtemps possible son indépendance : *Non ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere?* (Callistr., L. 3, § 2, D., *De testib.*)

Mais, tout en reconnaissant combien il importe de laisser au juge sa liberté entière, nous nous associons aux sages observations de M. Lavielle (*Études sur la justice civile*, déjà citées, *Revue critique*, tom. XII, p. 316) sur le danger « d'admettre facilement des interlocutoires, sous prétexte « que, *les moyens étant réservés*, on pourra, en définitive, les « examiner plus tard et avec plus de maturité. Cet expédient « dilatoire, ce sursis d'examen, qui repose l'esprit sans « troubler la conscience, n'est pas irréprochable. L'atten- « tion du juge ne doit pas se *réserver* ainsi; elle doit être « ferme, vigilante et entière dès l'origine; car enfin, parmi « les moyens proposés, il peut s'en trouver un qui rende « l'interlocutoire inutile; il vaut infiniment mieux le dé- « couvrir avant qu'après... De nombreux exemples ont « signalé cet écueil à la conscience du juge. » Aussi

M. Lavielle fait-il remarquer que la pratique judiciaire tend à rendre moins fréquent l'usage des interlocutoires.

DEUXIÈME FORME DE L'ENQUÊTE.

ENQUÊTE ORALE.

SOMMAIRE. — 302. Cas où la preuve testimoniale s'administre à l'audience.

302. L'audition des témoins devant un juge-commissaire chargé de rédiger par écrit leurs dépositions n'a lieu ni dans certaines matières civiles, où l'enquête est qualifiée de *sommaire*, ni dans les débats criminels. Parlons d'abord des enquêtes civiles orales, dans l'organisation desquelles les formes de l'enquête ordinaire ont laissé plus de traces, tandis que la marche plus libre de la preuve testimoniale au criminel est régie par des principes qui lui sont propres.

I. ENQUÊTE ORALE AU CIVIL, DITE SOMMAIRE.

SOMMAIRE. — 303. Dans quelles matières s'est introduite la forme sommaire. — 304. Toute affaire de dernier ressort jugée sommairement. — 305. Simplification de l'enquête. — 306. Le témoin reproché doit-il être entendu? — 307. Audition toujours sommaire au tribunal de commerce et en justice de paix. — 308. Marche plus simple encore en matière disciplinaire ou administrative.

303. L'usage d'entendre les témoins à l'audience s'est toujours maintenu dans les juridictions consulaires, dégagées des formes techniques par la nature même de leur institution. L'utilité incontestable de cette marche pour les affaires les plus simples porta les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 (tit. XVII, art. 8) à introduire devant les tribunaux proprement dits l'enquête orale pour les matières sommaires, malgré les réclamations du président Lamoignon, qui, obéissant cette fois, contre son habitude, au préjugé et à la routine, invoquait, pour repousser cette innovation partielle, les mêmes motifs qu'on a invoqués de nos jours pour justifier l'enquête écrite en matière ordinaire. L'expérience

n'en a pas moins été favorable à cette disposition de l'ordonnance, reproduite par notre Code de procédure. De plus, la loi du 6 octobre 1790, qui a organisé le mode de procéder en justice de paix, a fait une troisième application de l'enquête sommaire. Il faut avouer, dans ce dernier cas, qu'il eût été difficile de suivre une autre marche, puisque, le juge étant unique, il eût été frustratoire de l'investir de la qualité de commissaire.

304. Les matières sommaires, qui donnent lieu devant les tribunaux civils à la simplification de l'enquête, sont, outre les questions faciles ou urgentes dont on trouve l'énumération dans l'article 404 du Code de procédure, toutes celles sur lesquelles ces tribunaux peuvent statuer en dernier ressort, aux termes de l'article 1er de la loi du 11 avril 1838. Ainsi, aujourd'hui, toutes les affaires jugées sans appel sont sommaires; mais la réciproque n'est pas vraie, puisque, dans la plupart des cas prévus par l'article 404, l'affaire est sommaire par sa nature, quelle qu'en soit du reste la valeur.

305. La première simplification introduite par la loi en ces matières, c'est qu'il n'est pas besoin d'articuler les faits préalablement. (C. de proc., art. 407.) Mais cette dispense ne doit pas se prendre à la lettre. Comment le juge pourrait-il déclarer la preuve admissible, si les faits n'étaient pas posés? On a voulu seulement écarter la signification de conclusions spéciales, avec un délai de trois jours pour les contester. Il n'en est pas moins nécessaire que les faits soient articulés à l'audience lors des plaidoiries, et consignés dans l'acte ordinaire qui contient les conclusions, afin qu'ils puissent être débattus contradictoirement avec l'adversaire.

Les délais rigoureux prescrits dans l'enquête écrite, soit pour la commencer, soit pour la terminer, sont inappli-

cables à l'enquête orale. Le jugement interlocutoire, qu'il n'est pas besoin de signifier (sauf le cas de défaut), fixe directement le jour où les témoins doivent comparaître. Il n'est pas nécessaire que la prorogation de délai, s'il y a lieu, soit demandée au jour fixé pour l'audition des témoins, puisqu'il n'y a point ici de délai déterminé, et que d'ailleurs le Code de procédure (art. 409) ne reproduit point en matière sommaire la disposition de l'article 279. (Douai, 14 septembre 1844.) Le tribunal peut même, s'il le juge convenable, remettre d'office l'audition des témoins. (Rej., 23 juillet 1860.)

La règle qui prescrit l'audition des témoins à l'audience en matière sommaire est d'ordre public, comme tendant à assurer la prompte expédition des affaires et à réduire les frais. C'est ce qui a été jugé par arrêt de cassation, le 1er août 1832 et le 3 août 1863.

Quant au mode de rédaction du procès-verbal d'enquête et aux énonciations qu'il doit contenir, c'est là un point de pure procédure, que nous avons traité ailleurs. (Voy. nos *Éléments de procédure civile*, n° 852.)

306. Bien que simplifiées, les enquêtes sommaires ne sont pas encore dégagées de toutes les prescriptions arbitraires de notre vieille procédure. On y retrouve (*Ibid.*, art. 413) non-seulement la prohibition d'entendre, soit les conjoints des parties, soit les parents et alliés en ligne directe, mais encore la vicieuse pratique des reproches. Une grave controverse s'élève sur l'application de cette pratique en matière sommaire. On se demande si le témoin reproché doit être néanmoins entendu à l'audience, comme il le serait devant un juge-commissaire (*Ibid.*, art. 284); ou s'il ne faut pas dire, au contraire, que sa déposition ne sera pas entendue, de même qu'elle n'est pas lue en matière ordinaire. (*Ibid.*, art. 291.) On invoque, en faveur de la

première opinion, les termes de l'article 411, où il est prescrit que le témoin *déclare* s'il est parent, allié, serviteur ou domestique des parties : preuve évidente, dit-on, que sa déposition peut être reçue en pareille circonstance. On fait surtout remarquer que dans les causes sujettes à appel, celles auxquelles s'applique précisément l'article 411, il sera peut-être impossible d'entendre une seconde fois les témoins, si le reproche est définitivement repoussé par le tribunal supérieur, et qu'au moins pour ce cas il serait convenable de recevoir leur déposition, sauf à en faire tel usage que de droit. Nous concevrions cette opinion, si la déposition du témoin reproché ne devait pas être considérée comme non avenue par le tribunal qui le fait comparaître à l'audience. Mais tout le monde convient que le législateur, qui renvoie ici aux règles sur les reproches et sur la manière de les juger, n'a pas entendu s'écarter du principe ordinaire sur l'exclusion des dépositions reprochées. Vouloir dès lors que les juges reçoivent la déposition d'un témoin, et qu'ils fassent ensuite complétement abstraction de l'impression qu'elle aura laissée dans leur esprit, c'est exiger l'impossible. Il est déjà assez fâcheux que le juge-commissaire soit appelé habituellement à prononcer après avoir entendu le témoin reproché, sans aggraver encore cet abus, en mettant ici le tribunal tout entier dans cette fausse position. L'inconvénient accidentel qui résulterait de l'impossibilité de reproduire en appel certains témoignages, ne paraît pas de nature à entrer en balance avec le vice permanent de l'audition de témoins dont les dépositions ne devraient avoir aucune influence. Ce vice sera, il est vrai, inévitable, quand les reproches ne seront proposés qu'après l'audition; mais alors la partie qui a tardé à les faire valoir ne peut imputer qu'à elle-même les suites de sa négligence. Cette faculté de ne présenter le reproche qu'après coup, ou

même de l'omettre, explique la rédaction de l'article 411, d'après lequel le témoin doit *déclarer* s'il est parent, allié, etc., de l'une des parties. Il n'en sera pas moins entendu, quelle que soit sa qualité, si personne ne s'y oppose; mais il importe toujours que sa qualité soit connue. Enfin, ce qui paraît décisif, c'est que l'audition en matière sommaire correspond exactement à la lecture de la déposition en matière ordinaire, lecture qui est expressément prohibée. La Cour de cassation s'est prononcée plusieurs fois en ce sens, notamment par les arrêts de cassation du 26 juin 1839 et du 14 janvier 1853.

307. En matière commerciale, les enquêtes se font toujours sommairement. Toutefois, les matières commerciales admettent plus de simplicité encore que les matières civiles sommaires. En conséquence, les parties peuvent consentir à l'adoption de formes moins compliquées pour l'audition des témoins. (Rennes, 30 août 1817.) On admet également, la preuve testimoniale n'étant point frappée de suspicion devant la juridiction consulaire, que l'enquête commerciale nulle, même par le fait de la partie ou de l'agréé, peut être recommencée. (Orléans, 30 juin 1819.)

Les mêmes décisions doivent s'appliquer en justice de paix.

308. En matière disciplinaire, la même latitude qui permet d'admettre la preuve testimoniale en dehors des règles ordinaires (n° 238), affranchit également les tribunaux de la stricte observation des formes, et notamment de la nécessité d'une articulation préalable des faits. (Rej., 13 janvier 1855.)

En matière administrative, on suit généralement la marche établie pour les enquêtes devant la justice de paix; mais les formes, même la prestation de serment des témoins, n'y sont point prescrites à peine de nullité. Les tribunaux

administratifs ont eu aussi le bon esprit de se dégager de la vicieuse pratique des reproches pour apprécier les dépositions à l'aide du bon sens. (Dufour, *Droit administratif*, t. II, n^os^ 52 et 348.)

II. ADMINISTRATION DE LA PREUVE TESTIMONIALE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 309. Information complétement secrète dans l'ancien droit. — 310. Secret de l'instruction préparatoire seulement, dans le droit actuel. — 311. Nous attacher à la preuve testimoniale administrée dans les débats.

309. A Rome, la preuve testimoniale s'est toujours administrée oralement et publiquement. A Athènes, les témoins déposaient préalablement par écrit, et souvent on ne faisait que lire leurs dépositions à l'audience [1], sauf à leur demander des explications orales. Dans notre ancien droit, nous avons vu (n^os^ 248 et 251) comment s'était introduite l'administration secrète de la preuve testimoniale, tant au civil qu'au criminel, l'usage s'étant peu à peu établi de juger les causes sur les rapports des enquêtes, sans entendre les témoins à l'audience. En matière criminelle, le secret de la procédure avait prévalu de la manière la plus absolue, à partir du seizième siècle, puisque l'information, outre qu'elle avait lieu hors de la présence du plaignant et de l'accusé, ne devait jamais leur être communiquée. (Muyart de Vouglans, *Instit. au droit criminel*, part. V, ch. III.) Seulement, le système de l'ancienne jurisprudence, surtout depuis les perfectionnements introduits par l'ordonnance de 1670, consacrait certaines garanties pour l'accusé. Le récolement des témoins, c'est-à-dire la réitération de leur témoignage lors du règlement du procès *à l'extraordi-*

[1] Cette dangereuse pratique des témoignages écrits expliquerait, suivant M. Cauvet (*Rev. de législ.*, tom. XX, p. 302), les soupçons injurieux contre les témoins venus de la Grèce, dont Cicéron se rend l'écho lorsqu'il dit (*Pro Flacco*) : *Testimoniorum religionem et fidem nunquam ista natio coluit.*

naire[1], tendait à s'assurer de la persistance de leur conviction. La confrontation des témoins avec l'accusé vis-à-vis du juge instructeur remplaçait l'audience par une sorte de débat à huis clos. Mais il fallait que cette dernière mesure fût ordonnée, et l'on pouvait s'en abstenir pour des motifs réputés graves, tels que la crainte que pourrait inspirer l'accusé à ceux qui déposeraient contre lui. (*Ibid.*, part. V, ch. XI.) « Toutes ces procédures secrètes », dit Voltaire (*Prix de la justice et de l'humanité*, fragment déjà cité, art. 22, § 5), « ressemblent peut-être trop à la mèche qui « brûle imperceptiblement pour mettre le feu à la bombe. « Est-ce à la justice à être secrète? Il n'appartient qu'au « crime de se cacher. »

Le Code d'instruction criminelle d'Autriche, du 29 juillet 1853 (§ 223), prenait dans certaines causes une sorte de moyen terme entre la procédure secrète et la procédure publique : il ne donnait le droit d'assister aux débats qu'à certains avocats ou fonctionnaires, et à dix personnes spécialement désignées pour moitié par l'accusé et par la partie lésée. Mais cette disposition est tombée en désuétude, sauf le *huis clos*, comme chez nous, dans des cas exceptionnels.

310. Notre Assemblée constituante a adopté franchement le débat oral et public réclamé par les publicistes. La déposition des témoins à l'audience, qui emportait nécessairement la confrontation, a été prescrite par la loi du 29 septembre 1791. Toutefois, l'*information* se retrouve encore dans notre droit criminel (C. d'instr., art. 228, 235); mais ce n'est plus autre chose aujourd'hui que l'audition des témoins dans la procédure préparatoire devant le juge d'instruction. Les témoins étaient aussi entendus, suivant

[1] Le règlement du procès consistait à décider s'il serait jugé *à l'extraordinaire*, c'est-à-dire avec les formes particulières à l'instruction criminelle, ou bien converti en procès civil, c'est-à-dire jugé à l'audience.

la pratique anglaise, devant le jury d'accusation, sous l'empire de la loi du 29 septembre 1791. Celle du 7 pluviôse an IX, en supprimant cette audition, et en bornant à l'examen des pièces écrites la mission du jury d'accusation, prépara la restitution complète à la magistrature de l'instruction préparatoire. L'institution du jury était d'ailleurs peu compatible avec le secret des premières poursuites. Aujourd'hui donc les témoins ne sont entendus que devant le juge chargé de l'instruction préparatoire, et cette audition doit être secrète. (Voy. Cass., 5 juillet 1855.) On commence toutefois à reconnaître qu'il n'est pas impossible, moyennant certaines précautions, de rendre publique l'instruction préparatoire suivant la pratique de l'Angleterre et des États-Unis. C'est en ce sens que s'était prononcée une commission instituée en 1870 pour la réforme du Code d'instruction criminelle.

La rédaction des dépositions par écrit n'a pour but que d'éclairer la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation sur la nature des faits à poursuivre. Ces dépositions ne doivent pas figurer (*Ibid.*, art. 341) au nombre des éléments sur lesquels se forme la conviction du jury, et l'on pense généralement, bien que la loi ne s'explique pas aussi positivement (*Ibid.*, art. 153 et 190) pour les tribunaux de simple police[1] et pour ceux de police correctionnelle, que l'on ne doit admettre également que des dépositions orales devant ces juridictions. Aussi a-t-on décidé qu'une déclaration mensongère faite devant le juge d'instruction ne saurait constituer le crime de faux témoignage (Arr. de cassat. du 14 septembre 1826) : doctrine qui se trouve d'ailleurs nettement formulée dans le rapport de l'orateur du Corps législatif sur cette matière.

[1] Dans les cas rares où, contre le vœu de la loi (*ibid.*, art. 129), il y aurait eu en fait une instruction préparatoire pour de simples contraventions.

311. Notre but spécial étant ici, non de suivre toute la filière d'une procédure criminelle, mais bien de rechercher les preuves d'après lesquelles doit s'asseoir la conviction définitive, nous ne nous occuperons que de la preuve testimoniale orale et publique, administrée avant qu'on procède au jugement. Cette partie essentielle de la procédure pénale peut être envisagée sous quatre points de vue qui correspondent aux quatre premiers[1] points que nous avons signalés, en traitant de l'enquête : 1° la marche générale des débats; 2° les sanctions de la comparution et de la véracité des témoins; 3° l'exclusion de certains témoins; 4° l'appréciation des témoignages. Pour l'examen de ces quatre points, nous nous attacherons surtout à la procédure la plus importante, à celle des Cours d'assises, en nous réservant de faire remarquer les dissemblances que présente quelquefois celle des tribunaux criminels inférieurs.

§ 1. MARCHE GÉNÉRALE DES DÉBATS.

SOMMAIRE. — 312. Discussion orale et publique des témoignages. — 313. Principes sur l'audition des témoins. Tendance de la jurisprudence à rendre cette audition facultative devant le juge d'appel, dans les causes de police correctionnelle. — 314. Cette tendance plus marquée depuis la loi du 13 juin 1856; constatation plus exacte des dépositions en première instance. — 315. Liste des témoins. Le témoin en police correctionnelle doit-il nécessairement être assigné? — 316. Assignation des témoins à décharge à la diligence du ministère public. — 317. Déposition séparée des témoins. Précautions à cet effet. — 318. Assistance de l'accusé aux dépositions. — 319. Interpellation directe des témoins à Rome et en Angleterre. Ses abus. — 320. Comment dépose le témoin.

312. La publicité des débats en matière criminelle fut décrétée d'enthousiasme par l'Assemblée constituante. Mais la manière dont ces débats devaient être organisés donna lieu à une grave discussion, où les errements d'une pratique judiciaire enracinée depuis plus de trois siècles trouvèrent dans Tronchet (séance du 5 janvier 1791) un habile dé-

[1] Nous n'avons rien à ajouter en ce qui touche le cinquième point dont nous avons traité pour l'enquête écrite, l'influence de l'interlocutoire sur le jugement définitif. La question qui peut se présenter ici, surtout en matière de police correctionnelle, doit recevoir la même solution qu'au civil.

fenseur. Ce jurisconsulte, préoccupé des avantages que présente l'écriture, soit pour donner une base fixe à l'examen judiciaire, soit pour faciliter les poursuites contre les faux témoins, proposa de faire rédiger par écrit et lire aux témoins les dépositions, à mesure qu'elles seraient faites. Ce système semblait unir les avantages du débat oral à ceux de la procédure écrite. Mais il fut réfuté (séances des 11 et 12 janvier 1791) par Thouret, qui défendit toujours, avec tant de zèle et de sagesse tout à la fois, les innovations de l'Assemblée relativement à l'organisation judiciaire. Thouret démontra que la lenteur de cette forme d'instruction, tolérable pour un juge-commissaire, qui est habitué à la promptitude par une longue pratique, serait insupportable pour des jurés, qui seraient à chaque instant exposés à perdre le fil de la discussion. Ne pourraient-ils pas aussi, comptant sur les pièces écrites, ne plus suivre les débats avec une aussi religieuse attention? Ne serait-il pas à craindre que ce mode de procéder, en les habituant à substituer des documents techniques aux éléments moraux de conviction, ne fît revivre le système des preuves légales, dont on était d'accord pour réclamer l'abolition au criminel? Ces graves considérations firent admettre définitivement la discussion purement orale, telle qu'elle a toujours été pratiquée devant les jurys d'Angleterre ou des États-Unis. L'audition orale des témoins, sans aucune rédaction d'écriture, a lieu devant toutes les juridictions criminelles. Toutefois, la nécessité d'une déposition purement orale doit s'entendre avec le même tempérament qu'au civil. (N° 274.)

313. Devant les Cours d'assises, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, le 29 septembre 1842, l'audition des témoins produits est de droit.

En matière de police simple ou correctionnelle, le texte de la loi (C. d'inst., art. 153 et 190) porte que les témoins

seront entendus *s'il y a lieu*. Il ne faut point conclure de là que les juges puissent refuser arbitrairement l'audition, lorsqu'elle est réclamée à juste titre par les parties ou par le ministère public. (Cass., 9 janvier 1857 et 15 mars 1862.) Ils seront seulement fondés, conformément au droit commun (n° 61), à écarter la preuve de faits qui ne leur paraissent pas concluants, ou l'audition de témoins qui ne semblent pas devoir jeter un nouveau jour sur le débat. (Rej., 23 mars 1832.) Il est à remarquer que cette faculté attribuée aux juridictions de police se trouve nécessairement soumise au contrôle de la Cour de cassation, laquelle se trouve ainsi appelée à se prononcer sur des points de fait, comme elle l'a fait, le 4 mars 1848, en cassant le jugement d'un tribunal de police, qui avait refusé au ministère public le renvoi à une autre audience pour assigner le garde champêtre, « attendu », porte l'arrêt de la Cour de cassation, « que l'audition de ce garde était effectivement néces-« saire pour savoir s'il est vrai, comme le prétendait le « prévenu, que le pré où la contravention a été commise « soit séparé de tous côtés par des fossés de la prairie « d'Oisay, qui n'était point alors dépouillée de sa récolte. » C'est là une des hypothèses où la Cour régulatrice se trouve, par la force des choses, entraînée à une appréciation des faits [1].

[1] Le droit de qualifier les faits, qui appartient à la Cour de cassation, entraîne celui de les apprécier moralement, lorsque les éléments de la qualification ne se trouvent point dans la loi. C'est ainsi qu'a été cassé, le 5 août 1831, l'arrêt d'une chambre d'accusation, qui avait refusé de voir dans une pièce de vers publiée par la Gazette du Languedoc une *attaque contre l'ordre de successibilité au trône;* — qu'a été également frappé de cassation, le 8 mars 1851, un arrêt qui refusait d'autoriser les poursuites pour outrage envers un maire, *sous le prétexte que les propos en question ne doivent être considérés que comme des paroles inconvenantes échappées à un homme que le vin avait momentanément privé de sa raison.* Il est difficile de nier, surtout dans cette dernière hypothèse, que les magistrats de la Cour de cassation ne se soient constitués juges du fait.

En appel, depuis longtemps, la pratique subordonne à l'autorisation du tribunal supérieur la faculté de faire entendre les témoins qui ont déjà déposé devant les premiers juges. La Cour de cassation (Arr. du 4 août 1820, du 24 septembre 1831, du 30 novembre 1832 et du 13 novembre 1856) s'est fondée sur l'article 175 du Code d'instruction criminelle, ainsi conçu : « Lorsque, sur l'appel, le pro-« cureur impérial ou l'une des parties le requerra, les té-« moins *pourront* être entendus de nouveau, et il *pourra* « même en être entendu d'autres. » Ces expressions, dit-on, indiquent une simple faculté pour le tribunal. Mais, pour être conséquent dans ce système d'interprétation, il faudrait laisser aussi au juge un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter d'emblée les nouveaux témoins que veulent citer les parties; car on dit également de ces derniers qu'ils *pourront* être entendus. La jurisprudence décide cependant avec raison (Cass., 14 octobre 1826) que l'on ne peut écarter la preuve testimoniale offerte pour la première fois en appel, sous prétexte qu'elle n'a pas été requise devant les premiers juges. Or, une nouvelle audition des mêmes témoins ne peut-elle pas être également indispensable? Mettre la défense des parties à la discrétion des juges d'appel, c'est abuser du principe, constant devant toutes les juridictions, qui permet de rejeter tout ce qui tendrait à prolonger les débats sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats. (C. d'instr., art. 270.) Que si ces expressions : « Les témoins *pourront* être entendus de « nouveau et il *pourra* en être entendu d'autres », ont trait à une faculté légale et non à une simple autorisation, il faut décider, en matière de police comme en matière criminelle, qu'à côté du droit d'écarter les dépositions superflues, se trouve le devoir de ne point porter atteinte au libre développement de l'accusation et de la défense, devoir

que la Cour suprême a spécialement mission de faire respecter. (*Ibid.*, art. 408.) Les décisions que nous critiquons paraissent avoir été surtout dictées par le désir d'éviter les frais. Quelque louable que soit ce désir, l'intérêt d'une bonne administration de la justice nous paraît plus précieux après tout que celui de l'économie.

314. La tendance à entendre rarement les témoins en appel est devenue plus marquée encore, depuis que la loi du 13 juin 1856, dans un but d'unité et de régularité, en harmonie avec la plus grande facilité des moyens de communication, a centralisé au chef-lieu de chaque Cour impériale le jugement des appels de police correctionnelle, qui, d'après le Code d'instruction criminelle, était souvent attribué à un simple tribunal d'arrondissement. Les auditions de témoins en appel, qui étaient à peu près de trois cents en moyenne auparavant, n'ont plus été que de cent dix-sept en 1858[1]. Ce résultat avait été prévu par le législateur de 1856, qui a voulu du moins régulariser la constatation des témoignages reçus en première instance, à l'égard desquels les notes d'audience rédigées sans contrôle par le greffier laissaient beaucoup à désirer. On a ajouté, en conséquence, à l'article 200 du Code d'instruction criminelle, la disposition suivante : « Le greffier tiendra note des dé-« clarations des témoins et des réponses du prévenu. Les « notes du greffier seront visées par le président dans les « trois jours de la prononciation du jugement. » Cette innovation, comme l'a fait remarquer l'exposé des motifs, se rattache elle-même à la pensée de la loi, puisque les mesures prises pour rendre plus exacte la reproduction des

[1] Le nombre des appels lui-même est relativement peu considérable, puisque, sur 171,490 jugements correctionnels, il n'y a eu, en 1858, que 6,942 appels. La statistique de 1859 n'accuse que 6,572 appels ; mais, le nombre des jugements correctionnels ayant diminué, la proportion demeure la même.

témoignages tendent à faire diminuer le nombre des affaires où les témoins seront de nouveau entendus.

315. Devant les Cours d'assises, la liste des témoins, tant à charge qu'à décharge, est lue par le greffier (C. d'inst., art. 315), après lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, et après l'accomplissement de certaines formalités préalables. Les noms, professions et résidences des témoins ont dû être notifiés, vingt-quatre heures avant l'examen, à l'accusé par le procureur général ou par la partie civile, et au procureur général par l'accusé. Il importe, en effet, de laisser à ceux qui ont intérêt à combattre telle ou telle déposition, un temps suffisant pour pouvoir, en connaissance de cause, la présenter comme suspecte, et quelquefois même empêcher qu'elle ne soit reçue. (*Ibid.*, art. 322.) Néanmoins le défaut de notification ou de désignation précise des témoins donne seulement à la partie adverse le droit de s'opposer à l'audition : si les témoins à l'égard desquels ces formalités n'ont pas été accomplies, ont été entendus sans opposition, la nullité est couverte (Rej., 5 mars 1852 et 3 août 1854), à la différence de ce qui avait lieu sous le Code de brumaire an IV. (Art. 346 de ce Code.) Du reste, quand il y a eu notification régulière et insertion sur la liste[1], on ne peut refuser d'entendre un témoin (C. d'instr., art. 324) parce qu'il n'aurait pas été assigné à l'avance. L'assignation, qui n'avait pour but que de l'avertir, devient sans objet, dès qu'il se présente volontairement. Cette décision raisonnable doit-elle être appliquée, par identité de motifs, en police correctionnelle? A l'appui de la négative, adoptée par la Cour de cassation, le 15 avril 1843, on invoque : 1° les dispositions du droit ro-

[1] Lors même qu'il n'y a pas eu de notification, si l'audition du témoin est jugée utile, il est appelé à déposer sans prestation de serment, en vertu du pouvoir discrétionnaire du président. (*Ibid.*, art. 269.)

main, qui veulent des témoins *rogati, non fortuiti vel transeuntes* (*Auth.*, *ad leg.* 18, *Cod.*, *De testib.*); 2° l'article 4 du titre VI de l'ordonnance de 1670, ainsi conçu : « Les « témoins, avant qu'être ouïs, feront apparoir de l'exploit « qui leur aura été donné pour déposer »; 3° la circonstance que l'article 153 du Code d'instruction, qui autorise les parties, en simple police, à *amener* des témoins, n'a point été visé ni reproduit en police correctionnelle.

L'opinion contraire, admise par les Cours de Poitiers (14 février 1837) et de Grenoble (31 décembre 1847), nous semble préférable. Les textes du droit romain que l'on invoque n'ont trait qu'aux actes solennels, comme les testaments, et nullement aux procédures pénales. L'argument tiré de l'ordonnance de 1670 est réfuté par l'article 324 du Code d'instruction, qui prouve que dans les matières les plus graves, le législateur moderne, moins strictement attaché aux formes, considère la citation comme n'ayant d'importance qu'en tant qu'il ne peut être pris défaut, ni employé de moyens coercitifs contre les témoins non cités. Enfin, loin de tirer un argument *à contrario* de l'article 153, nous dirons, avec la Cour de Poitiers, que la combinaison des articles 153 et 324, placés chacun à l'une des extrémités de l'instruction criminelle, autorise à croire que le législateur n'a point supposé chez le témoin comparaissant volontairement ces dispositions complaisantes, qu'il eût été, du reste, bien facile à la partie de masquer par une citation. — Aux termes de la loi du 20 mai 1853 (art. 3), les témoins, au cas de flagrant délit, peuvent être verbalement requis, par un officier de police ou par un agent, de se présenter devant le tribunal correctionnel.

316. L'article 321 du Code d'instruction criminelle veut que les citations faites à la requête des accusés soient à leurs frais, ainsi que les salaires des témoins à décharge. Si on

s'en était tenu là, la défense devenait presque toujours impossible, vu l'insolvabilité notoire de la plupart des accusés. Heureusement, l'article ajoute que le procureur général peut faire citer à sa requête les témoins qui lui seront indiqués par l'accusé, dans le cas où il jugera que leur déclaration peut être utile pour la découverte de la vérité; et jamais, dans la pratique, le ministère public ne se refuse à appliquer cette disposition. Les accusés indigents ont de plus, depuis la loi du 22 janvier 1851 (art. 30), la faculté de s'adresser au président, qui peut, même avant le jour fixé pour l'audience, ordonner l'assignation des témoins indiqués. Cette dernière faculté présente surtout de l'intérêt dans les affaires de police correctionnelle, sur lesquelles l'article 321 gardait le silence, et que comprend formellement, au contraire, le texte de la loi de 1851.

317. L'assistance des témoins aux formalités qui précèdent les débats proprement dits, notamment à la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, n'est nullement exigée. Il suffit qu'ils répondent à l'appel de leurs noms; il est même à désirer qu'ils n'aient pas pris connaissance de ces documents, afin qu'ils arrivent aux débats l'esprit vierge de toute impression qui pourrait effacer leurs souvenirs personnels. Ils doivent déposer séparément. (*Ibid.*, art. 317.) On rend ainsi plus difficiles les collusions frauduleuses [1], et on prévient cette tendance à l'imitation, si contagieuse chez les esprits faibles, qui amènerait trop souvent dans les témoignages une désolante uniformité. Aussi le président ordonne-t-il aux témoins (*ibid.*, art. 316), après l'appel de leurs noms, de se retirer dans la chambre qui

[1] On sait que Daniel confondit la calomnie des deux vieillards qui accusaient Susanne, en demandant à chacun d'eux séparément le nom de l'arbre sous lequel ils disaient l'avoir surprise avec un jeune homme, et en les amenant ainsi à se contredire l'un l'autre. (Proph. de Daniel, ch. XIII, vers. 51 et suiv.)

leur est destinée, et d'où ils ne doivent sortir que pour déposer. Il prend de plus, s'il le faut, des précautions, telles que l'envoi d'un huissier dans la chambre, pour les empêcher de conférer entre eux du délit et de l'accusé. En Angleterre, cette mesure si sage ne s'observe qu'autant qu'elle est réclamée par l'une des parties. Chez nous, elle ne saurait être exigée, dans le silence de la loi, devant les juridictions de police (Rej., 4 juin 1847); même devant la Cour d'assises, elle n'est point prescrite par le Code d'instruction à peine de nullité. (Rej., 8 mars 1855; 5 juillet 1866.) Si le témoin est resté à l'audience, malgré la défense qui lui a été faite, c'est à la Cour d'assises à décider, d'après les circonstances, s'il doit ou non être entendu, et dans tous les cas le jury doit être averti du fait. En Angleterre, on peut exclure le témoin qui a ainsi désobéi à l'ordre du juge; en Amérique, on se contente habituellement de lui infliger une peine. (M. Greenleaf, tom. I, p. 460 et suivantes.)

318. L'audition doit avoir lieu, en principe, l'accusé présent, puisque la confrontation est essentielle dans notre droit. Mais la crainte de la faiblesse d'un témoin à charge, ou de la collusion d'un témoin à décharge, peut rendre désirable l'absence momentanée de l'accusé pendant certaines dépositions. Il est loisible au président de l'ordonner (*ibid.*, art. 327); mais alors on ne peut reprendre les débats qu'après avoir instruit l'accusé de tout ce qui s'est passé en son absence, et le défenseur de l'accusé a le droit de rester à l'audience, et d'adresser, s'il y a lieu, des questions aux témoins. (Cass., 28 janvier 1830.)

319. L'ordre dans lequel doivent se faire les dépositions est déterminé par le procureur général. (*Ibid.*, art. 317.) Il n'est pas douteux néanmoins que le président, qui a la haute direction des débats, ne puisse modifier cet ordre, en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Ce magistrat demande

aux témoins, après la prestation de serment, sur laquelle nous reviendrons dans le paragraphe suivant, leurs noms, prénoms, âge, profession, domicile ou résidence; s'ils connaissaient l'accusé avant le fait mentionné dans l'acte d'accusation; s'ils sont parents ou alliés, soit de l'accusé, soit de la partie civile; enfin s'ils ne sont pas attachés au service de l'un ou de l'autre. Mais ces diverses interpellations, appelées dans la pratique écossaise examen *in initialibus*, bien qu'utiles et généralement observées, ne sont pas considérées par la jurisprudence comme prescrites à peine de nullité. Leur omission, après tout, ne saurait être un grief sérieux, puisque l'accusé et le procureur général ont toujours la faculté de suppléer à ce qu'aurait d'incomplet l'interrogatoire du président, en adressant des questions au témoin. Seulement, le procureur général peut interpeller directement le témoin, ce que peuvent également faire les juges et les jurés; tandis que l'accusé ou son conseil, de même que la partie civile, ne peuvent le questionner que par l'organe du président. (*Ibid.*, art. 319.) Cette dernière prescription ne s'exécute pas à la lettre. Le président se contente d'ordinaire de dire au témoin, après que la question lui a été posée : *Répondez à la question qui vous est faite;* il peut même autoriser par son silence l'interpellation directe. (Rej., 2 décembre 1842.) Le but que s'est proposé le législateur, ce n'est pas d'astreindre ce magistrat à reproduire l'interrogation, comme le font les messagers d'Homère (voy. notamment le commencement du second livre de l'Iliade) pour les ordres qui leur sont transmis : ce qui serait aussi fastidieux que frustratoire. Tout ce qu'on a voulu, c'est le contrôle de ces interpellations par le pouvoir discrétionnaire, et l'expérience n'a que trop prouvé l'utilité de ce contrôle.

Dans les pays où l'accusation est dirigée par l'intérêt

privé, et non par l'intérêt public, on laisse toute latitude aux avocats pour interroger les témoins comme ils l'entendent. Cette faculté accordée à des hommes habiles et passionnés devient une arme dangereuse entre leurs mains. A Rome, nous voyons qu'il en était ainsi, d'après ce que nous rapporte Quintilien; et son témoignage est d'autant plus précieux que les abus qu'il nous fait connaître ne sont pas à ses yeux des abus, mais bien des ressources de l'art oratoire, qu'il recommande aux avocats : « Maximus pa-« tronis », dit-il (*Inst. orat.*, liv. V, chap. VII), « circa tes-« timonia sudor est..... Primum est nosse testem; nam « timidus terreri, stultus decipi, iracundus concitari, ambi-« tiosus inflari, longus protrahi potest; prudens vero et « constans, vel tanquam inimicus et pervicax dimittendus « statim, vel non interrogatione, sed brevi interlocutione « patroni refutandus est; aut aliquo, si continget, urbane « dicto refrigerandus; aut, si quid in vitam ejus dici poterit, « infamia criminum destruendus[1]. » Il faut avouer qu'une pareille manière d'administrer la preuve testimoniale est éminemment propre à empêcher la découverte de la vérité. Elle se retrouve cependant, entièrement laissée à la discrétion de l'avocat, dans la pratique anglaise, et tel est l'empire des habitudes, qu'un esprit aussi distingué que celui de M. Greenleaf ne craint pas de reproduire, comme instruction pour les avocats (tom. I, p. 582, note 1), le passage de Quintilien que nous venons de citer. Il ajoute, il est vrai, à cette citation, celle de la doctrine écossaise sur ce point (Alison's *Practice of the criminal law*, p. 546-547),

[1] Nous voyons également Cicéron, dans son plaidoyer *pro Flacco* (§ 10), se plaindre que les témoins, étant soudoyés par l'accusation, ne prêtent point au talent des avocats pour l'interrogation : *Ubi est enim illa laus oratoris, quæ vel in accusatore antea, vel in patrono spectari solebat? Callide testem interrogavit; callide accessit; reprehendit; quo voluit, adduxit; convicit et elinguem reddidit.*

bien plus raisonnable et plus modérée. En Angleterre, ce libre examen des témoins produit souvent de fâcheux effets. « Je dois faire observer », dit M. Rey dans son curieux travail sur les institutions judiciaires de l'Angleterre (2e édit., t. II, p. 344), « un abus général de la part des avocats « anglais. Souvent ils font subir une véritable torture morale « aux témoins par des questions captieuses ou inconvenantes, par des plaisanteries déplacées, par des insinuations malignes et souvent insultantes. Ceux qui assistent « aux débats des tribunaux anglais sont à chaque instant « révoltés de la position cruelle dans laquelle se trouve « placé un témoin timide, par la licence des avocats à cet « égard. » Il y a bien plus de dignité dans notre manière de procéder, conforme d'ailleurs aux errements de l'ancienne pratique. *In capitalibus*, dit Boiceau (*Præfat.*, § 5), *sæpe visum fuit accusatum, cum ei testis præsentatur, post testem objectionibus elevatum et refutatum, supplicare judicem, perlecto testimonio, ut liceat ei testem interrogare... vel petit a judice, eo præsente, per eum interrogata fieri, ut videatur titubet testis, necne.* Aujourd'hui, cependant, il ne faudrait point considérer comme une *supplique*, mais comme l'exercice d'un droit, la faculté conférée à l'accusé ou à son conseil de dire contre le témoin *tout ce qui peut être utile à la défense.* (C. d'instr., art. 319.) Aussi, un arrêt qui avait refusé de poser la question de savoir si le principal témoin à charge, dans une affaire d'incendie, n'avait point lui-même mis le feu à sa maison, a-t-il été cassé le 18 septembre 1824. Toutes les fois que la défense a été entravée, il y a lieu à cassation. Et lors même qu'il ne s'agirait point d'une articulation précise contre le témoin, mais de récriminations amenées par la chaleur de la discussion, elles seraient excusées par le droit de défense, ainsi que l'a décidé un arrêt

de rejet du 5 mars 1858, relativement aux imputations d'*invention* et de *fausseté* adressées à un témoin.

Quant aux questions insidieuses et suggestives, que le président lui-même adresserait aux témoins, elles sont rares à l'audience publique; mais on est trop souvent fondé à en reprocher l'emploi au juge d'instruction, et c'est là un des dangers du secret de l'instruction préparatoire.

320. On demande à chaque témoin, après sa déposition (*Ibid.*, art. 319), si c'est bien de l'accusé présent qu'il a entendu parler. C'est ce qu'on appelait autrefois la *confrontation*, et ce qui pourrait avoir eu lieu également devant le juge d'instruction. Mais aujourd'hui que le témoin doit toujours être mis en rapport avec l'accusé lors des débats, la confrontation préparatoire est purement facultative. Le président demande ensuite à l'accusé s'il veut répondre à ce qui vient d'être dit. Nos lois ne parlent plus expressément de ce qu'on appelait autrefois l'*affrontation*, c'est-à-dire de la mise en rapport des accusés les uns avec les autres. Cette sorte de mutuel témoignage n'en est pas moins fréquemment usitée, soit dans l'instruction, soit lors des débats.

Le témoin qui a déposé doit, s'il n'en est autrement ordonné, rester dans la salle d'audience. (*Ibid.*, art. 320.) On peut avoir besoin de lui demander plus tard de nouveaux renseignements. L'accusé ou le procureur général peuvent provoquer, et le président peut ordonner cette audition, soit en présence, soit même, si on le juge nécessaire, en l'absence des témoins qui ont déposé après lui. Mais les mêmes motifs de décence, qui font soumettre au président les interpellations de l'accusé aux témoins, font défendre aux témoins de s'interpeller les uns les autres. (*Ibid.*, art. 325 et 326.)

§ 2. SANCTIONS DE LA COMPARUTION ET DE LA VÉRACITÉ DES TÉMOINS.

SOMMAIRE. — 321. Double but à atteindre. — 322. Connaissance des témoins. Ancien usage des *monitoires*. — 323. Obligation de déposer au criminel. — 324. Dispense de déposer en personne; loi du 18 prairial an II. — 325. Serment. Formules diverses. — 326. Distinction de la réticence et du faux témoignage. — 327. Ancienne pratique anglaise sur l'audition des témoins à décharge. — 328. Peine du faux témoignage. — 329. Peine de la subornation de témoins. — 330. Le faux témoignage suppose le serment. — 331. Effet de la constatation du faux témoignage sur le sort du procès. — 332. Indemnité due aux témoins.

321. Il importe d'abord que les témoins des faits à établir soient connus, puis qu'ils viennent déposer en justice.

322. Quant au premier point, nous avons déjà parlé des *monitoires*, avertissements donnés par les curés à leurs paroissiens, pour les engager à faire connaître à l'autorité ce qu'ils pourraient savoir relativement à un crime dont les auteurs seraient inconnus. Un acte du gouvernement du 10 septembre 1806 a rétabli, dit-on[1], l'usage des monitoires. Une ordonnance rendue par le ministre de la justice à la requête du procureur général pourrait autoriser les publications aux prônes, et déterminer les arrondissements où elles auraient lieu. Il serait difficile cependant qu'un ordre, qui ne s'appuierait ni sur le Concordat, ni sur le texte de nos lois, pût être obligatoire pour l'évêque diocésain, ainsi que l'acte de 1806 paraît le supposer. Toutefois, si, de concert avec le gouvernement, l'évêque autorisait les publications, on ne pourrait considérer la marche par lui suivie comme ayant rien d'illégal, comme de nature à compromettre, en quoi que ce soit, la validité de l'instruction ultérieure. Mais alors tout se réduit à un accord purement bénévole entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel. Le monitoire ne peut plus être obligatoire pour l'autorité ecclésiastique, comme il l'était jadis. Il paraît, au surplus, que l'acte de 1806 n'a reçu que deux applications sous le premier Em-

[1] Cet acte n'a pas été inséré au *Bulletin des lois*; on en trouve la substance dans le *Traité de la législation criminelle* de Legraverend. (Ch. VII, sect. 2.)

pire, et qu'en 1814 le chancelier Dambray se refusa à ordonner des mesures de cette nature, en les considérant avec raison comme susceptibles d'affaiblir le respect dû aux ministres de la religion[1]. Depuis cette époque, les monitoires sont tombés de nouveau en désuétude, et il est peu probable qu'on songe maintenant à les rétablir. En tout cas, l'acte de 1806, qui n'a pas été inséré au *Bulletin des lois*, et dont il serait peut-être difficile de retrouver le texte original, ne saurait avoir de force aujourd'hui, et en l'absence de dispositions légales sur ce point, les communications qui pourraient s'établir entre les deux pouvoirs, pour provoquer des révélations sur les crimes les plus graves, auraient un caractère purement officieux.

323. A Athènes, les témoins, bien qu'il fût d'usage de déposer par écrit, même au criminel, devaient, s'ils en étaient requis, déposer oralement, à peine de payer une amende de mille drachmes. Nous avons vu qu'à Rome, Quintilien constate qu'il y avait obligation de déposer en matière criminelle. (Voy. aussi Arcadius, L. 21, § 1, D., *De testib.*) Chez nous, il n'a jamais été douteux qu'on ne pût forcer les témoins à venir déposer en matière criminelle comme en matière civile. Le Code d'instruction criminelle n'a fait que reproduire l'ordonnance de 1670, en punissant les témoins défaillants d'une amende dont il a fixé le maximum à cent francs, et en autorisant à employer, s'il le faut, la voie de contrainte, pour les amener à l'audience. La question de savoir si le refus de déposer doit équivaloir au refus de comparaître est ici tranchée par la loi, qui décide expressément l'affirmative (C. d'instr., art. 355 et 80), opinion que nous avons également adoptée en matière civile (n° 266.) De plus, si la déposition est tellement importante

[1] Voy. le *Traité de la législation criminelle* de Legraverend, même chapitre, même section.

qu'il ait fallu, en l'absence du témoin, remettre l'affaire à une autre session, une décision dont on ne saurait contester l'équité met à sa charge tous les frais occasionnés par sa faute. (*Ibid.*, art. 354 et 355.) Enfin, au criminel comme au civil, l'allégation de fausses excuses est punie d'un emprisonnement de six jours à deux mois. (C. pén., art. 236.)

324. Nous avons déjà eu occasion de mentionner (n° 268) les positions où l'on est par état obligé à la discrétion, et les fonctions ou dignités qui dispensent du témoignage oral. Il existe en outre une loi du 18 prairial an II, spéciale pour les matières criminelles ou correctionnelles, qui ordonne, afin de ne pas entraver le service, de recevoir par écrit les dépositions des militaires assignés hors du lieu de leur résidence actuelle. Néanmoins, si le témoignage oral est reconnu indispensable, il est sursis à la décision de l'affaire, jusqu'à ce que le ministre de la guerre[1] ait autorisé les témoins militaires à comparaître en personne. On s'est demandé toutefois si la loi de prairial ne doit pas être considérée comme une mesure de circonstance, qui se rattachait, soit à l'état révolutionnaire, soit à l'état de guerre générale existant à cette époque. On a soutenu qu'elle se trouve abrogée, tant par l'article 317 du Code d'instruction criminelle, qui veut que les témoins déposent oralement, que par l'article 514, qui ne dispense de la comparution personnelle que les *généraux en chef actuellement en service*. Nous convenons que la loi de prairial, dans plusieurs de ses dispositions, et notamment lorsqu'elle charge (art. 12-14) le jury d'examiner s'il est, ou non, en état de prononcer sans la déposition orale du témoin, n'est pas en harmonie avec la procédure criminelle actuelle. Il serait donc utile de la réformer; mais, jusqu'à

[1] La loi du 18 prairial an II (art. 17) chargeait le *Comité de salut public* d'autoriser l'assignation personnelle des témoins; aujourd'hui le ministre de la justice s'adressera au ministre de la guerre.

cette réforme, nous pensons que l'application doit en être maintenue, en tout ce qui n'est pas contraire aux lois postérieures, les exigences du service militaire n'étant point particulières à l'état de guerre général. Le principe est que les témoins déposent oralement; mais ce principe était aussi constant dans le droit intermédiaire, sous l'empire duquel a été rendue la loi de prairial. Enfin, la mention des généraux dans l'article 514 s'explique parce que leur déposition, comme celle des autres hauts fonctionnaires, est reçue dans des formes spéciales, étrangères aux autres militaires. Après avoir appliqué la loi de l'an II par un arrêt de cassation du 9 frimaire an XII, la Cour de cassation a évité de se prononcer sur la question, lorsqu'elle en a été saisie une seconde fois, le 14 avril 1815. Toutefois la déposition du fonctionnaire ou militaire, même lorsqu'elle n'est point reçue à l'audience, n'en est pas moins un véritable témoignage, et doit dès lors être assermentée à peine de nullité. (Cass., 29 septembre 1842.)

En dehors de ces positions spéciales, les dépositions ne doivent être reçues par écrit qu'en cas d'impossibilité de le faire oralement. Et lors même que la déposition du témoin aurait déjà été lue à l'audience, il doit être entendu, s'il se présente ultérieurement (Rej., 20 février 1857); le législateur témoigne d'ailleurs sa défiance pour les déclarations écrites des témoins en ne permettant point de les remettre aux jurés. (C. d'inst., art. 341.)

325. La sanction morale est évidemment la même au criminel qu'au civil. Quant à la sanction religieuse, la loi a établi deux sortes de serments : l'une au petit, l'autre au grand criminel. Devant les tribunaux de police simple et de police correctionnelle, les témoins prêtent à l'audience le serment de *dire toute la vérité, rien que la vérité.* (C. d'instr., art. 155.) Devant les cours d'assises, la formule légale est

plus compliquée; chaque témoin s'engage *à parler sans haine et sans crainte, à dire toute la vérité et rien que la vérité.* (*Ibid.*, art. 317.) Cette distinction bizarre semblerait indiquer que l'absence de la haine et de la crainte n'est pas positivement exigée devant les juridictions inférieures, comme s'il y avait deux manières de dire la vérité. Vicieux en théorie, ce système n'est pas moins fâcheux dans l'application. Les formules indiquées étant obligatoires à peine de nullité, une jurisprudence plus conforme à la lettre de la loi qu'à la raison pratique veut que la moindre omission entraîne nullité de la déposition du témoin. Ainsi, parce que le président aura seulement fait jurer au témoin de *dire toute la vérité*, sans ajouter *rien que la vérité*, on suppose que le témoin se sera autorisé de cette omission pour insérer dans sa déposition des faits mensongers. Mais les réserves casuistiques que l'on imagine sont trop subtiles pour entrer dans la pensée de la plupart des témoins, et les nullités prononcées en pareil cas n'ont presque jamais de motifs sérieux.

326. Bien que le témoin s'oblige par serment à *dire toute la vérité*, il ne faut point confondre la simple réticence avec le faux témoignage. Ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, le 20 mai 1808, une réticence simple, quand elle n'est pas liée à une déclaration dont elle altère le sens, se réduit à un simple refus de répondre[1]. C'est ainsi que la Cour des pairs, le 1er juin 1821, s'est bornée à condamner à cent francs d'amende un témoin qui avait refusé de nommer une personne mentionnée dans sa déclaration. Au contraire, la réticence dégénère en faux témoignage, si, un crime étant imputé à un autre que son véritable auteur, le témoin, interpellé sur le nom du coupable qu'il connaît, persiste à garder le silence, suivant la doctrine consacrée également par la

[1] Jeanne d'Arc déclara une fois à ses juges *qu'elle disait ce qu'elle savait, et point tout ce qu'elle savait.* (M. Wallon, *Jeanne d'Arc*, tom. II, p. 12.)

Cour de cassation, le 1er septembre 1814 et le 17 mars 1827. Enfin le témoin ne peut être contraint de répondre s'il s'agit d'un fait qui, au cas où il serait établi, le rendrait complice du prévenu. Le serment auquel est astreint le témoin, à la différence du prévenu, constituerait une sorte de torture morale. (Bordeaux, 6 juin 1851.)

327. On attachait autrefois une extrême importance au serment des témoins. Aussi voyons-nous que la jurisprudence anglaise, après avoir d'abord refusé aux accusés, en matière capitale, la faculté de faire entendre des témoins, avait ensuite établi cette étrange distinction, que les témoins entendus en leur faveur ne prêteraient point serment, tandis que les témoins à charge devaient le prêter. Cette pratique vicieuse a été abolie par divers statuts de Guillaume III et de la reine Anne. C'est par souvenir de cette doctrine (Story, *On the Constitution*, § 1786) que la constitution des États-Unis (Amend., art. 6) assure généralement à l'accusé le droit de faire entendre en sa faveur de véritables témoins, c'est-à-dire des témoins assermentés.

328. La sanction pénale de la véracité des témoignages a toujours été plus rigoureuse au criminel qu'au civil. Chez les Juifs incontestablement, la peine du talion (Deutéron., chap. XIX, vers. 21), et probablement, à Rome, celle d'être précipité du haut de la roche Tarpéienne, ne s'appliquaient qu'au faux témoin en matière pénale. (N° 273.) Dans le dernier état du droit romain, la pénalité variait suivant les circonstances; la peine de mort était réservée pour les dépositions mensongères qui venaient à l'appui d'une accusation capitale. (L. I, § 1, D., *Ad leg. Corn. De sicar.*) La loi salique et les Capitulaires punissaient de la perte de la main le faux témoin qui ne pouvait payer la composition à laquelle il était condamné (*perdat manum aut redimat*). Les Établissements de saint Louis (art. 70) n'infligeaient qu'une

amende arbitraire. Mais la sévérité des lois romaines fut reproduite, et même dépassée par les ordonnances qui, à partir du seizième siècle, portèrent la peine de mort contre tout faux témoignage. (N° 273.) Néanmoins, au criminel comme au civil, cette sévérité fut adoucie par la jurisprudence : on restreignit l'application de la peine de mort au cas où le témoignage avait été rendu contre l'accusé, et où l'accusation pouvait entraîner cette peine. (Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, part. I, liv. III, tit. V, § 2.)

Les lois modernes, ne laissant plus au juge la même latitude pour le choix des peines, ont dû établir divers degrés de répression suivant la gravité du faux témoignage. Cette tâche avait été accomplie d'une manière fort imparfaite par la législation pénale de 1791, suivant laquelle le faux témoignage en matière criminelle était puni de vingt ans de fers dans les cas ordinaires; de mort, s'il était intervenu condamnation à mort contre l'accusé [1]. (Cod. de 1791, part. II, tit. II, sect. 2, art. 48.) Le Code de 1791 gardait le silence sur le faux témoignage en matière correctionnelle ou de police. On appliquait dès lors à ce faux témoignage (Cass., 7 janvier 1808) la peine de six ans de gêne prononcée en matière civile. (Cod. de 1791, *ibid.*, art. 48.) Le Code pénal de 1810 a prévu pour la première fois d'une manière spéciale le faux témoignage en matière de police simple ou correctionnelle, en le punissant d'ailleurs de la réclusion, comme celui qui aurait été commis en matière civile. (Anc. art. 362, 363.) La réforme de 1863, qui a substitué, dans bien des cas, des peines correctionnelles

[1] La législation révolutionnaire avait été plus loin encore. La procédure expéditive de l'époque rendant éminemment dangereux le faux témoignage, la loi du 5 pluviôse an II le punissait de mort, en matière capitale, bien qu'il y eût un acquittement, et prononçait la même peine contre les témoins à décharge s'il s'agissait de crimes *contre-révolutionnaires*.

aux peines afflictives ou infamantes, a remplacé, en matière correctionnelle comme en matière civile, la réclusion par un emprisonnement de deux à cinq ans et une amende de cinquante francs à deux mille francs. (Art. 362, 363.) Puni de la réclusion en 1810, de la dégradation civique en 1832, le faux témoignage en matière de simple police emporte aujourd'hui un emprisonnement d'un an au moins, de trois ans au plus, et une amende de seize francs à cinq cents francs. Enfin, la réclusion (nouv. art. 361) remplace les travaux forcés à temps pour le faux témoignage en matière criminelle[1]. Si néanmoins l'accusé a été condamné à une peine plus forte, le témoin qui a déposé contre lui subit la même peine. (*Ibid.*, art. 361.) Ainsi, deux conditions sont exigées pour que l'aggravation ait lieu : 1° qu'il y ait eu effectivement condamnation. Ici la tentative d'homicide moral n'est pas punie comme l'homicide même; on s'en tient à la peine ordinaire, s'il y a eu acquittement[2]; 2° que le faux témoignage ait eu lieu contre l'accusé. Il n'y a pas d'aggravation de peine pour la déclaration mensongère qui aurait eu pour but de prévenir, et non d'amener une condamnation aux peines les plus graves. Cette distinction devrait être généralisée. Doit-on confondre celui qui, mû par l'affection ou par un sentiment d'humanité mal entendu,

[1] Aux termes d'un arrêt de cassation, rendu dans l'intérêt de la loi, le 25 août 1854, il y a faux témoignage en matière criminelle, lors même que, par suite de la marche des débats, il n'a été prononcé qu'une peine correctionnelle; l'incrimination du faux témoin peut être aggravée par le résultat de la procédure, mais ne se rattache point nécessairement à ce résultat, puisqu'elle survivrait à l'annulation même des débats. (Rej., 20 juin 1856.)

[2] Au cas d'absolution, c'est-à-dire s'il était reconnu que le fait faussement imputé n'était pas prévu par la loi pénale, il n'y aurait pas lieu à incriminer le faux témoignage, qui aurait été légalement inoffensif. C'est ainsi qu'aucune pénalité n'atteint celui qui aurait cherché à amener un empoisonnement, en employant contre sa volonté des substances non vénéneuses. (C. pén., art. 301.)

veut faire échapper le coupable à la peine, avec celui qui emploie pour perdre son ennemi l'arme la plus lâche et la plus perfide, celle de la calomnie? Si les nécessités de la répression sociale ne veulent pas que le premier demeure impuni, la conscience publique ne peut le mettre sur la même ligne que le dernier, si profondément méprisable. La distinction que notre Code a généralement repoussée (*Ibid.*, art. 361 et 362) a été consacrée par l'article 169 du Code du Brésil.

329. La conduite du faux témoin devient plus vile encore quand sa déposition mensongère a été achetée. Autrefois les ordonnances et les arrêts étaient fort sévères à l'égard de la subornation de témoins. On cite un arrêt du parlement de Paris du 7 février 1755, qui condamna le suborneur et le suborné [1] à être rompus vifs : il s'agissait, à la vérité, d'une accusation d'assassinat. Suivant la législation de 1863, le témoin qui a reçu de l'argent, une récompense quelconque, ou des promesses, subit une aggravation de peine. Il encourt les travaux forcés à temps en matière criminelle, la réclusion en matière de police correctionnelle, enfin, en matière de simple police, un emprisonnement de deux à cinq ans et une amende de cinquante à deux mille francs. (Nouv. art. 364.) Quant à la subornation de témoins, le Code de 1810 déployait contre cette infraction une sévérité exagérée, qui dépassait la mesure de la répression, déjà fort sérieuse, établie pour le faux témoignage. Sous l'empire de ce Code, la pénalité contre le suborneur était toujours aggravée d'un degré : ainsi, le suborneur était puni de mort, bien que l'accusation n'emportât que les travaux forcés à perpétuité. On fit observer en 1832 qu'il n'était pas exact de déclarer en principe le suborneur plus coupable

[1] Un second témoin également suborné, mais qui avait révélé la subornation, obtint, par faveur spéciale, de n'être que pendu.

que le faux témoin ; qu'un père, par exemple, pouvait gagner des témoins afin de sauver son fils. Aussi a-t-on adopté alors une doctrine à la fois plus exacte et plus modérée, en ne traitant le suborneur que comme complice du faux témoin, et en le rendant dès lors passible des mêmes peines (art. 365), ainsi qu'on le décidait, dans le silence de la loi, sous l'empire de la législation intermédiaire. Mais il ne peut y avoir de complicité qu'autant que le délit principal a été commis ou du moins tenté. (C. pén., art. 60.) Il faut donc qu'il y ait au moins un commencement de déposition pour qu'il puisse y avoir lieu de poursuivre le suborneur (Rej., 22 juillet 1843) ; c'est ce que la Cour de cassation décidait déjà même sous l'empire du Code de 1810, qui punissait plus sévèrement la subornation. (Cass., 18 février 1813.) Toutefois, l'acquittement de l'accusé de faux témoignage n'empêche pas que le suborneur ne puisse être puni, l'acquittement ne détruisant point la matérialité du fait, puisqu'il peut tenir à des considérations personnelles au principal accusé. (Cass., 27 juin 1846 ; comp., Cass., 3 juillet 1851.) Remarquons enfin que la subornation improprement dite, qui consisterait seulement à acheter le silence du témoin, n'étant point prévue par la loi pénale, ne donnerait lieu qu'à des réparations civiles.

330. C'est par le serment que le témoin, comme l'expert, comme le juré, reçoit, en quelque sorte, l'investiture de la fonction qui lui est conférée par la société. Aussi le faux témoin était-il considéré comme parjure dans le dernier état du droit romain (Zén., L. 13, Cod., *De testib.*), et est-ce encore à titre de parjure que le faux témoignage en Angleterre est puni par la loi commune[1]. (Blackstone, liv. IV, chap. x, n° 16.) Chez nous, sans doute, le faux ser-

[1] La peine du parjure a varié, dans la législation anglaise, depuis la mort jusqu'à la prison et l'amende. (Blackstone, *loc. cit.*)

ment n'est prévu comme tel par la loi pénale (C. pén., art. 366) qu'autant qu'il a été prêté par la partie elle-même en matière civile. Mais, suivant une doctrine constante, le faux témoignage n'est punissable qu'autant que la déposition a eu lieu sous la foi du serment[1]. Et cependant, dans notre système de législation, qui n'admet point de preuves légales, une simple déclaration peut fort bien entraîner une condamnation, même capitale. Dans l'ancien droit, certains auteurs pensaient qu'il convenait d'appliquer dans ce cas une peine plus faible. Il serait à désirer, dans l'intérêt de la justice, que la législation fût modifiée en ce sens. Mais il n'y a point lieu de revenir sur la jurisprudence (Rej., 31 janvier 1859) qui ne considère point comme passibles de l'accusation de faux témoignage les dépositions, même assermentées, reçues par le juge d'instruction, ces dépositions n'étant que préparatoires et pouvant toujours être modifiées à l'audience.

331. La constatation du faux témoignage peut réagir, soit sur l'instruction, soit sur la condamnation même. Si, d'après les débats, la déposition d'un témoin paraît fausse, il est mis sur-le-champ en état d'arrestation, et le renvoi de l'affaire à une autre session peut être provoqué ou ordonné d'office. (C. d'instr., art. 330.) On se rappelle qu'un des principaux arguments invoqués en faveur de la procédure écrite (n° 312), c'est la facilité qu'elle donne pour conserver la trace des dépositions argüées de fausseté. Les auteurs du Code d'instruction criminelle (*Ibid.*, art 318), d'accord sur ce point avec la législation intermédiaire, ont eu égard à cette observation. Le président, soit spontanément, soit sur la réquisition du procureur de la République ou de l'ac-

[1] Si le serment avait été prêté, bien qu'il ne dût pas l'être, par un incapable ayant dissimulé sa qualité pour tromper la justice, la peine du faux témoignage demeurerait applicable. (Rej., 29 juin 1843.)

cusé, fait tenir note par le greffier des additions, changements ou variations, qui peuvent exister entre la déposition d'un témoin et ses précédentes déclarations. Toutefois on ne saurait, à peine de nullité (Cass., 26 octobre 1820), faire précéder la déposition orale de la lecture de la déclaration écrite : la déposition orale doit être dégagée de l'influence que pourrait exercer sur un esprit craintif la déclaration écrite antérieure.

Enfin, même après la condamnation, lorsque des mandats d'arrêt sont décernés contre des témoins à charge[1], il est sursis à l'exécution. Si ces témoins sont condamnés, la Cour de cassation, sur le vu des deux arrêts, après s'être bien assurée de l'identité des faits qui ont amené la première condamnation et qui ensuite ont été reconnus faux, annule le premier arrêt, et renvoie devant une nouvelle Cour d'assises, pour être procédé contre l'accusé. (*Ibid.*, art. 445.) Toutefois, sous l'empire du Code d'instruction, la révision n'était possible, dans cette hypothèse, comme dans celle où l'on alléguait que le nombre des condamnés était supérieur à celui des auteurs du fait, qu'autant que le condamné pour lequel on sollicitait la révision existait encore. Le Code de 1808 (art. 442) n'admettait la possibilité de décharger la mémoire du condamné que dans un seul des trois cas de révision, celui où il y avait de suffisants indices sur l'existence de la personne dont la mort supposée avait donné lieu à la condamnation. (Art. 444.) On s'était attaché à cette idée que la révision après décès supposait la preuve matérielle de l'erreur du juge. Dans les autres hypothèses,

[1] La Cour de Grenoble, le 18 janvier 1855, a admis, contrairement aux conclusions du ministère public, l'action civile contre le faux témoin à charge, malgré l'autorité de la chose jugée au criminel. Mais elle se fondait, entre autres motifs, sur la difficulté d'admettre la révision en matière correctionnelle dans l'espèce, difficulté levée aujourd'hui par la loi du 29 juin 1867. (Inst. crim., nouv. art. 443.)

et notamment lorsqu'il y a eu condamnation de témoins à charge, il faut de nouveaux débats pour arriver à la connaissance de la vérité; et comment le jury pourrait-il procéder à un débat, essentiellement oral dans l'esprit de nos lois, sans la présence du principal intéressé? Mais les vives réclamations qui se sont élevées contre cette restriction de la faculté de reviser les jugements criminels, ont amené le législateur à supprimer toute distinction entre les diverses hypothèses où la révision est autorisée. Actuellement, c'est la Cour de cassation qui, après avoir constaté l'impossibilité de débats oraux, se trouve investie de la délicate mission de statuer sur pièces, après avoir entendu des curateurs nommés à la mémoire des morts. C'est en ce sens que le Code d'instruction criminelle (nouv. art. 444 et 446) a été réformé par la loi du 29 juin 1867 [1].

332. Les témoins ont droit à une indemnité au criminel aussi bien qu'au civil. (*Tarif criminel,* tit. I^er^, chap. III.) Mais on s'est quelquefois demandé ce qu'il faudrait faire, si le témoin ne pouvait révéler la vérité sans s'occasionner à lui-même un préjudice considérable, bien au delà des prévisions du tarif [2]. Par exemple, les renseignements qu'il est appelé à donner sur les faits contestés, sont de nature à divulguer un procédé qu'il a un immense intérêt à ne point faire connaître. Quelques-uns ont pensé qu'alors il devait être dispensé de témoigner. Mais c'est faire prédominer l'intérêt particulier sur l'intérêt général. Seulement, il serait

[1] Par une singulière ironie du sort, la famille Lesurques, dont les réclamations avaient amené, au bout de soixante et onze ans, un changement de législation, n'a pu arriver au but de tant d'efforts. La demande en révision de la condamnation de 1796 a été rejetée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 17 décembre 1867.

[2] Quant au préjudice bien autrement grave que causerait au témoin la nécessité de s'accuser lui-même pour ne plus trahir la vérité, aucune indemnité n'est possible, et nous avons reconnu (n° 326) qu'en ce cas le témoin est en droit de s'abstenir.

équitable qu'une juste indemnité lui fût accordée, puisqu'il y a là une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique. Toutefois cette charge, que le trésor public devrait supporter, si la révélation était dans le sens de l'accusation, ne pourrait, dans l'hypothèse inverse, être imposée à l'accusé, qui avait droit à l'acquittement, et qui dès lors ne saurait être légalement tenu de payer en quelque sorte sa rançon. Il faudrait bien alors s'en rapporter à sa reconnaissance envers la personne qui aurait dû sacrifier son intérêt à celui de la justice.

Dans tous les cas, le témoin alléguerait vainement, comme motif de dispense, un serment de non-révélation par lui prêté. (Arrêt de censure, rendu par la Cour de cassation, sect. réun., le 30 novembre 1820.)

§ 3. EXCLUSION DE CERTAINS TÉMOINS.

SOMMAIRE. — 333. Droit romain et ancien droit français. — 334. Reproches autorisés par le Code d'instruction. — 335. *Quid* des parents et alliés de la partie civile? — 336. *Quid* de la partie civile? — 337. *Quid* du coaccusé? — 338. Audition sans serment en vertu du pouvoir discrétionnaire. — 339. Exclusion pour différence de religion et de couleur. — 340. Condamnations pénales. Mineurs de quinze ans.

333. Rares en matière civile, les exclusions de la faculté de témoigner étaient assez multipliées à Rome en matière criminelle[1]. (Voy. au Digeste, le titre *De testibus.*) *Quidam propter reverentiam personarum,* dit Callistrate (L. 3, § 5, D., *De testib.*), *quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitæ suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem.* Il devait en être ainsi dans un pays où on laissait aux particuliers le droit d'intenter les accusations. Les témoignages devenant des armes entre les mains des

[1] En Angleterre, les cas où il y a exclusion de témoignage, *incompetency of witnesses,* sont également fort multipliés. (Philips, *On the law of evidence,* liv. I, part. I, ch. II et suiv.) Mais la législation actuelle tend à rendre ces exclusions moins fréquentes. C'est ainsi qu'un acte du Parlement du 27 juin 1828 a fait cesser l'incapacité de témoigner, pour cause d'infamie, quant aux condamnés pour simples délits (*misdemeanours*).

parties, puisque les dépositions étaient mises en jeu par les passions, au lieu d'être analysées de sang-froid, il importait du moins d'empêcher que ces armes ne fussent trop meurtrières. Dans les pays, au contraire, comme le nôtre, où prévaut le système *inquisitorial*, dans le sens favorable du mot, là où la poursuite est dirigée par l'autorité publique et non par les passions privées, on peut sans danger être sobre d'exclusions. Les témoins ne reçoivent plus à l'avance les instructions de l'accusateur ou de l'accusé. Qui oserait aujourd'hui donner à leur égard le conseil que donne Quintilien aux avocats de son temps (*Inst. orat.*, livre V, chap. VII) : *Multum domi ante versandi, variis percontationibus explorandi?* Les restrictions qui pouvaient être utiles lorsque les témoins n'étaient que des instruments entre les mains des parties, ne seraient plus que des entraves dangereuses dans un système où les dépositions sont libres et spontanées. D'ailleurs, comme l'a dit Bentham, les témoins, dans ce système, sont les yeux et les oreilles de la justice : on ne comprendrait pas que l'on voulût fermer ces yeux et ces oreilles.

Aussi notre ancienne jurisprudence, qui admettait le système inquisitorial, a-t-elle été plus large pour l'admission des témoins en matière criminelle qu'en matière civile. « Le danger de laisser impunis les crimes qui troublent l'ordre « de la société », dit Merlin (*Répert.*, v° TÉMOIN JUDICIAIRE, § 1, art. 7), « a paru aux Cours souveraines plus grand et « plus à craindre que celui d'exposer quelques témoins au « parjure. » Ainsi, tandis que l'ordonnance de 1667 défendait, comme nous l'avons vu, d'ouïr les parents ou alliés jusqu'au huitième degré inclusivement, celle de 1670 était complétement muette sur les rapports de parenté ou d'alliance. « Les parents et alliés des parties », dit Pothier (*Proc. crim.*, sect. 2, art. 3, § 1), « peuvent être témoins

« en matière criminelle, puisque l'ordonnance de 1670, « tit. VI, art. 3, dit indistinctement : *Toutes personnes*, etc. « Il est du reste de la prudence des juges d'avoir égard à la « parenté du témoin sur la foi que leur paraîtra mériter sa « déposition. » On pouvait, sans doute, reprocher les témoins dans les informations comme dans les enquêtes; mais on a généralement observé l'ancienne maxime, qui nous est citée par Loysel (*Instit. coutum.*, titre des *Preuves*, § 17) : *En matière criminelle, les reproches demeurent à l'arbitrage des juges*. C'est seulement au cas de parenté ou d'alliance très-proche que l'on permettait au témoin de ne pas déposer. (Merlin, *loc. cit.*) En ligne collatérale, les frères et sœurs étaient seuls exceptés. Encore y avait-il lieu d'entendre les personnes les plus proches, lorsque la force des choses y contraignait le juge, c'est-à-dire lorsqu'elles étaient témoins nécessaires. C'est ainsi qu'un arrêt du Parlement de Bordeaux, du 26 février 1628, confirma une sentence ordonnant qu'un particulier accusé d'avoir jeté sa femme dans un puits lorsqu'elle tirait de l'eau, serait appliqué à la question, quoiqu'il ne fût chargé que par deux de ses enfants. On voit que les incapacités absolues étaient rares dans l'ancienne jurisprudence. Néanmoins, lorsqu'il y avait contre les témoins quelque cause de suspicion, ils cessaient d'être ces témoins classiques, *omni exceptione majores*, dont la concordance, lorsqu'ils étaient au nombre de deux au moins, entraînait la conviction du juge. Les personnes suspectes ne pouvaient fournir que de simples renseignements, et non un témoignage proprement dit : distinction beaucoup plus sérieuse alors qu'elle ne l'est aujourd'hui.

334. Le Code d'instruction criminelle, fidèle aux errements de cette jurisprudence, ne prononce également aucune exclusion absolue de la faculté de témoigner[1]. Il

[1] Lorsque le tribunal criminel, statuant sur une question civile, est

permet seulement (art. 322) à l'accusé, au procureur général et à la partie civile, de s'opposer à l'audition :

1° Du père, de la mère, de l'aïeul, de l'aïeule, ou de tout autre ascendant de l'accusé ou de l'un des accusés présents et soumis au même débat;

2° Des fils, filles, petits-fils, petites-filles, ou de tout autre descendant;

3° Des frères et sœurs;

4° Des alliés aux mêmes degrés;

5° Du mari ou de la femme [1];

6° Des dénonciateurs dont la dénonciation est récompensée par la loi.

Les dénonciateurs qui ne sont pas ainsi récompensés sont admis à déposer, mais le jury est averti [2] de leur qualité de dénonciateurs. (*Ibid.*, art. 323.) Du reste, on trouve assez rarement aujourd'hui [3] des exemples de dénonciateurs récompensés pécuniairement. On peut citer la loi du 4 germinal an II, qui remet l'amende et la confiscation à celui qui dénonce la prévarication d'un préposé des douanes. Et encore, comme il ne s'agit que d'un délit dans cette loi et dans d'autres qui renferment des dispositions semblables, ce ne sera que dans des cas exceptionnels, par exemple quand une question subsidiaire aura été posée par le président, que l'application de cette disposition pourra être

astreint aux règles du droit civil sur la preuve (n° 225), on a jugé (Rej., 28 janvier 1870) qu'il faut appliquer les règles sur l'idonéité des témoins posées par le Code de procédure.

[1] C'est un point controversé parmi les jurisconsultes anglais (M. Greenleaf, tom. I, p. 455) que celui de savoir si la femme peut, même avec le consentement du mari, déposer contre lui. Mais elle est admise *de plano* à le faire, si elle se plaint de violence ou d'outrages personnels.

[2] Cet avertissement toutefois n'est pas prescrit à peine de nullité. (Rej., 30 mars 1848 et 14 septembre 1865.)

[3] Il était écrit sur les assignats que la nation récompensait le dénonciateur. Il n'y a plus rien de pareil aujourd'hui en ce qui touche les faux billets de banque ou la fausse monnaie.

faite par une Cour d'assises. Ce qui est assez remarquable, c'est que la jurisprudence anglaise, qui, au criminel comme au civil, écarte *a priori* les témoins qui ont un intérêt dans la cause, admet la déposition des dénonciateurs récompensés pécuniairement (M. Greenleaf, tom. I, p. 535); elle se fonde sur ce motif que la récompense a été instituée par l'autorité pour faciliter la recherche des crimes, et que le but proposé ne serait point atteint s'il n'était pas permis d'entendre le dénonciateur.

En l'absence même d'opposition, soit du ministère public, soit de l'accusé, le président et, en cas de contestation, la Cour d'assises, ont qualité pour écarter d'office les dépositions qui, aux termes de l'article 322, *ne pourront être reçues.* (Rej., 20 mars 1856.)

Les parents ou alliés peuvent être entendus dans l'instruction préparatoire ; c'est ce qui résulte, soit de l'absence de prohibition à cet égard, soit même du texte du Code d'instruction (art. 33) qui autorise le ministère public, au cas de flagrant délit, à appeler à son procès-verbal les *parents*, voisins ou domestiques. D'où la conséquence, consacrée par la jurisprudence (Rej., 10 octobre 1817), que la déposition écrite des parents ou alliés peut être lue à l'audience.

335. Les motifs de reproches formulés par la loi ne sauraient être étendus. Il n'y a donc lieu, ni d'emprunter des causes de reproches à l'article 283 du Code de procédure (Cass., 25 avril 1834; 18 juillet 1846), ni d'étendre l'exclusion facultative aux parents et alliés de la partie civile. S'ils étaient écartés dans l'ancien droit, c'était seulement au point de vue de l'action de la partie civile. « Lorsqu'il s'agit », dit Jousse (*Justice criminelle*, part. III, liv. I, tit. III, n° 117), « d'un crime qui se poursuit tant à « la requête de la partie civile que de la partie publique, « les juges ne doivent point avoir égard à la déposition des

« témoins parents ou alliés de la partie civile, en ce qui « concerne les dommages et intérêts, et il faut suivre à cet « égard ce qui s'observe en matière civile; mais quant à la « peine publique, rien n'empêche qu'on ait égard à la dépo- « sition de ces mêmes témoins. En effet, dans l'affaire du « sieur de Langlade, condamné aux galères en 1688 pour « vol avec effraction, on entendit en déposition la sœur et « la belle-sœur du comte de Montgommery, partie civile. » Aujourd'hui qu'il n'existe aucune prohibition dans la loi, ces parents et alliés doivent être entendus sans aucune restriction. (Rej., 8 août 1851.) Si l'on interroge les témoins sur leurs relations avec la partie civile (*Ibid.*, art. 317), ce n'est point pour mettre obstacle à l'audition des parents, alliés ou serviteurs, c'est uniquement pour avertir le jury de leur qualité.

336. Mais peut-on faire déposer la partie civile elle-même à titre de témoin, c'est-à-dire avec prestation de serment[1]? Car il est hors de doute aujourd'hui (n° 338) que toute personne (C. d'instr., art. 269) peut être entendue, en vertu du pouvoir discrétionnaire, à titre de simple déclaration. La négative, admise à l'époque où la partie civile n'était autre chose qu'un accusateur, n'a plus prévalu qu'au point de vue de l'intérêt civil, lorsque les procès criminels ont été poursuivis par le ministère public. Suivant Jousse (*Ibid.*, n° 416), la déposition de la partie civile ne peut lui faire allouer des dommages et intérêts; mais la preuve, bien que fondée en partie sur cette déposition, peut être suffisante au point de vue de l'action publique. Aujourd'hui, une exclusion absolue serait en opposition avec le principe fondamental du

[1] Dans la jurisprudence anglaise (M. Greenleaf, tom. I, p. 478, 479, 536, 537), on admet aujourd'hui la partie lésée; mais cela tient aux principes particuliers de la loi anglaise quant à l'influence du criminel sur le civil, ainsi que nous le verrons en traitant de la chose jugée.

droit moderne, suivant lequel la partie civile, mue par un intérêt purement pécuniaire [1], ne joue qu'un rôle accessoire dans les procès criminels : c'est pour cela que l'article 322 ne parle plus que des parents et alliés *de l'accusé*. Aussi la Cour de cassation a-t-elle définitivement assimilé la partie civile au dénonciateur dont la dénonciation est récompensée, et autorisé en conséquence son audition à titre de témoin, s'il n'y a pas opposition de la part de l'accusé ou du ministère public. (Rej., 28 novembre 1844, 12 novembre 1846 et 18 mars 1852.)

Mais la déposition du plaignant qui ne s'est pas encore porté partie civile, faite avec prestation de serment, n'est point rejetée lors même qu'il se porte ultérieurement partie civile (C. d'instr., art. 67); seulement, il convient d'avertir le jury de ce changement de position du témoin. (Rej., 5 mai 1854.)

337. On s'est demandé, à l'inverse, si celui qui a avoué sa propre culpabilité peut être entendu comme témoin contre ceux qu'il déclare ses complices. On défendait à Rome, d'après un rescrit d'Antonin, de mettre à la torture, pour lui faire déclarer les crimes d'autrui, celui qui se trouvait dans une pareille position. *Is qui de se confessus est*, dit Modestin, *in caput aliorum non torquebitur*. Et en reproduisant cette prescription, Honorius et Arcadius font remarquer que l'accusé peut, en faisant de fausses déclarations, espérer sa grâce, ou vouloir entraîner son ennemi dans sa perte : *Veniam sperans, aut inimici supplicio in ipsa suprematum suorum sorte satiandus*. (L. 17, Cod., *De accus.*) Mais autre chose est la défense de soumettre l'accusé à la question,

[1] Celui qui, sans être partie, aurait seulement un intérêt dans la cause, devrait-il être exclu, ainsi qu'on le décide au civil (n° 281)? Bien que l'affirmative ait été jugée par la Cour de cassation (Rej., 15 février 1834), cette décision ne nous semble pas en harmonie avec les principes plus larges qui dominent la juridiction pénale.

autre chose est l'exclusion absolue de son témoignage. Dans le droit commun allemand, la déposition, même parfaitement concordante, de deux coaccusés, ne saurait emporter condamnation : cela se comprend dans le système des témoins classiques, les coaccusés ne prêtant point serment. Mais il peut y avoir des circonstances où le témoignage d'un coaccusé ait une grande force, s'il a de bons antécédents, s'il n'a aucune inimitié contre celui qu'il dénonce, et si les circonstances de la cause viennent à l'appui de sa dénonciation. Aussi la législation anglaise tend-elle au contraire à provoquer le témoignage des coaccusés, en permettant l'immunité à ceux qui ne pourraient être poursuivis que sur leurs propres aveux. M. le comte de Paris, dans son intéressant travail sur les *Associations ouvrières en Angleterre* (chap. I, *Crimes de Sheffield*), nous donne un exemple remarquable de cette immunité des coaccusés. Lors d'une enquête sur les auteurs des crimes commis par des membres des *Trades Unions*, en 1867, la commission de trois légistes instituée pour cette recherche fut autorisée à encourager les révélations par l'espoir de l'impunité : « On eut alors », dit l'auteur, « pendant vingt-cinq jours, le spectacle étrange de « coupables racontant leurs méfaits et apportant un soin « scrupuleux à n'omettre aucun détail. Parfois, après s'être « accusés eux-mêmes, ils mettaient d'abord leur point « d'honneur à ne pas trahir leurs complices; mais, com- « promis bientôt par d'autres dépositions, ils venaient « reconnaître qu'ils n'avaient pas dit toute la vérité, et « faire une confession complète pour mériter le précieux « certificat.... Ils sont libres désormais, et protégés contre « les poursuites de la justice humaine; mais, inviolables « comme Caïn, ils emportent, comme lui, empreinte sur « le front, la marque de l'infamie [1]. »

[1] Toutefois, dans la pratique anglaise, le juge avertit les jurés de ne

338. Le nombre des exclusions facultatives est déjà peu considérable, si on le compare à celui des reproches que nous avons énumérés en matière civile. Mais la jurisprudence va plus loin encore : elle autorise, en vertu du pouvoir discrétionnaire, l'audition de toute personne, même des parents les plus proches (Voy. notamment Rej., 22 mai 1846, 16 décembre 1853 et 22 novembre 1855), qui d'ailleurs ont pu incontestablement être entendus dans l'instruction écrite. Cette décision s'appuie sur l'article 269 du Code d'instruction, qui permet au président de faire entendre *toute personne* dont la déposition paraîtra pouvoir répandre un jour utile sur les faits contestés, en ajoutant que les témoins ainsi appelés ne prêteront pas serment, et que leurs déclarations ne seront considérées que comme renseignements. La première partie de cet article ne fait aucune distinction, et autorise, en vertu du pouvoir discrétionnaire, la recherche de la vérité par tous les moyens possibles. La seconde partie, en écartant la prestation de serment, trace une ligne de démarcation sensible entre les dépositions ainsi faites et les témoignages proprement dits, que repousse l'article 322. On reproche à cette jurisprudence d'introduire entre les témoignages proprement dits et les simples renseignements une distinction subtile, devenue sans objet, aujourd'hui qu'il est permis de condamner d'après toute espèce de documents; mais il n'est pas vrai que les personnes appelées ainsi par le président soient dans la même position que les témoins ordinaires. D'abord, ni l'esprit ni la lettre de la loi ne les astreignent à déposer. Les dispositions contre les témoins réfractaires ne sauraient atteindre le fils qui refuserait de témoigner contre son père, la femme qui refuserait de témoigner contre son mari. De plus, ce

point condamner sur la simple déclaration d'un complice. (Philipps, part. I, chap. IV, not. 2.)

qui réconcilie jusqu'à un certain point la jurisprudence avec la morale, c'est que les simples renseignements, n'étant pas garantis par la foi du serment, ne constituent pas un témoignage proprement dit, et que dès lors les fausses déclarations en pareille circonstance ne sauraient entraîner les peines attachées au faux témoignage. (N° 330.) Avec ces sages restrictions, il nous semble que l'interprétation donnée dans la pratique à l'article 269 n'a rien que de conforme à notre système d'instruction, qui consiste à rechercher à tout prix la vérité. On ne doit pas exiger la déposition des proches parents, mais il peut être nécessaire de s'adresser à eux pour connaître les faits. Le système contraire mènerait à l'impunité de tout crime commis par un père sur la personne d'un de ses enfants en présence seulement de la mère, d'un frère ou d'une sœur.

Mais la répression des délits n'affecte pas l'intérêt social au même degré que celle des crimes. Aussi n'a-t-on accordé le pouvoir discrétionnaire ni au juge de simple police, ni même au président du tribunal de police correctionnelle. (Cass., 4 novembre 1848 et 7 décembre 1872). Dès lors, les parents du prévenu (C. d'instr., art. 156), qui pourraient faire de simples déclarations devant les Cours d'assises, sont complétement exclus devant les autres juridictions, lorsque l'une des parties s'oppose à leur audition. Il en est de même, à plus forte raison, de la partie civile, qui joue un rôle bien plus important en matière de police qu'en matière criminelle.

339. La différence de religion était autrefois un motif d'exclusion. On connaît la constitution de Justinien (L. 21, Cod., *De testib.*) qui repousse complétement le témoignage des hérétiques ou des juifs dans les procès concernant les orthodoxes. Il est à regretter qu'on retrouve de pareilles restrictions dans le Code de procédure d'Autriche (§ 207,

4°), qui permet d'écarter le juif déposant pour un juif contre un chrétien, et dans l'ordonnance criminelle de Prusse (art. 357, n° 8), qui déclare les juifs témoins imparfaits dès que le délit entraîne une peine supérieure à cinquante thalers d'amende ou à un emprisonnement de six semaines.

340. Quant à l'infamie résultant d'une condamnation, elle remonte à la loi Julia, qui ne permettait point d'entendre celui qui avait été *judicio publico damnatus*. (Callistr., L. 3, § 5, D., *De testib.*) Aujourd'hui, on n'admet qu'à titre de renseignement, c'est-à-dire sans prestation de serment, le témoignage d'une personne qui a encouru la dégradation civique, ou bien qu'un jugement de police correctionnelle a privée spécialement du droit de déposer en justice. L'incapacité ne commence qu'à partir du jour où la condamnation est devenue irrévocable. (Code pén., art. 28.) On ne saurait donc considérer que comme une décision d'espèce un arrêt de la Cour de cassation (23 février 1850) qui a autorisé l'exclusion de témoins condamnés la veille pour faux témoignage, et appelés à déposer dans l'affaire même en vue de laquelle le faux témoignage avait été commis.

Le législateur n'a pas reproduit ici la règle qui veut que, devant le juge d'instruction, les enfants au-dessous de quinze ans ne soient entendus que par forme de déclaration et sans prestation de serment. (*Ibid.*, art. 79). Néanmoins, la Cour de cassation avait jugé, chambres réunies, sur les conclusions conformes de Merlin, le 3 décembre 1812, que l'article 79 était applicable aussi bien aux débats qu'à l'information préalable, et qu'aux termes de cet article, la prestation de serment ne devait pas avoir lieu. Cette doctrine, consacrée plus récemment par un arrêt de cassation du 9 juin 1831, est aujourd'hui abandonnée par la Cour; de nombreux arrêts, depuis le 25 avril 1834 jusqu'au 18 septembre 1862, laissent au président la faculté d'exiger le serment ou d'en dispenser

suivant les circonstances. Nous regrettons sa première jurisprudence, à la fois moins arbitraire et plus conforme à l'esprit du législateur, qui n'a pas voulu assujettir au serment les dépositions, même simplement préparatoires, des impubères. Porterait-on contre eux une accusation de faux témoignage? Il est difficile d'admettre cette conséquence, surtout lorsqu'il dépendrait du président de les mettre ou non sous le coup de cette pénalité. Le parti le plus simple est donc de ne jamais exiger le serment. Ce qui n'est pas douteux, c'est que même devant les juridictions de police, où n'existe point le pouvoir discrétionnaire du président, le mineur de quinze ans peut être entendu sans prestation de serment. (Rej., 2 mars 1855.)

Enfin, il faut assimiler aux mineurs de quinze ans les personnes dont l'esprit est assez dérangé pour qu'il ne soit pas convenable de leur faire prêter serment, mais qui cependant ont assisté aux faits litigieux, et peuvent donner des renseignements utiles. (Voy. p. 355, note 1.)

§ 4. APPRÉCIATION DES TÉMOIGNAGES.

SOMMAIRE. — 341. Admission jadis, au criminel, des deux règles anciennes sur le témoignage. — 342. Abrogation de la règle *Testis unus, testis nullus*. — 343. La seconde règle également en vigueur jusqu'en 1789. — 344. Importance de la déposition orale des témoins.

341. Les deux règles si arbitraires de l'exclusion d'un témoin unique, et de la force invincible attachée à deux témoignages conformes et non suspects, étaient admises au criminel comme au civil.

342. La première de ces règles a amené quelquefois de bien singuliers résultats. Ainsi, Bentham nous rapporte (*Preuves judiciaires*, liv. VII, ch. XIV), d'après les mémoires du temps, qu'un statut de Guillaume III (stat. 7 et 8, ch. III), qui exige en matière de haute trahison la déposition de deux

témoins [1], fut mis à profit par de grands personnages : ils entretenaient une correspondance avec le roi exilé, mais ils ne couraient aucun danger, parce qu'ils avaient soin de ne se servir que *d'un seul émissaire* [2]. Toutefois ce statut, considéré comme une protection contre le danger des accusations politiques, s'est maintenu en Angleterre, et il est reproduit par l'article 3 (sect. 2, n° 3) de la constitution des États-Unis, ainsi conçu : *No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses.* Chez nous, on avait fini par restreindre aux crimes emportant peine capitale le principe de l'exclusion d'un témoin unique. Ce principe, consacré encore aujourd'hui en Autriche par le Code de procédure pénale de 1853, § 269, a en sa faveur l'autorité de Montesquieu [3] (*Esprit des lois*, liv. XII, ch. III) : « Les lois « qui font périr un homme sur la déposition d'un seul témoin « sont fatales à la liberté. La raison en exige deux, parce « qu'un témoin qui affirme, un accusé qui nie, font un par- « tage; et il faut un tiers pour le vider. » Mais il est facile de répondre à ce raisonnement. Si le témoin qui affirme est un homme digne de toute confiance, et il faut le supposer pour qu'on puisse s'attacher à son témoignage, peut-on mettre en balance avec sa déposition la dénégation intéressée de l'accusé? Montesquieu aurait raison, s'il s'agissait du conflit de deux témoins, l'un à charge, l'autre à décharge;

[1] Les jurisconsultes anglais ne sont pas d'accord sur le point de savoir si cette règle existait de tout temps dans la *common law*, ou si elle a été introduite par un statut d'Édouard VI.

[2] Macaulay, dans son *Histoire de Guillaume III*, rapporte une curieuse discussion de la Chambre des communes, en 1696, où les tories présentent comme un principe de morale et de religion la nécessité du concours de deux témoins, et où les whigs réfutent énergiquement cette doctrine.

[3] Voy. dans le même sens, d'Aguesseau, lettre 108. Montesquieu reproduit, sans doute à son insu, le raisonnement du vieux criminaliste Sotus. (Mascardus, concl. 856, n° 4.) Cette théorie a eu aussi pour défenseur Filangieri (*Scienza della legislazione*, liv. III, chap. XV), dont l'opinion est aujourd'hui abandonnée dans la doctrine italienne.

alors il y aurait en effet un partage à vider. Mais l'accusé ne peut être considéré comme valant à lui seul un témoin à décharge. Ce grand écrivain éprouvait, sans doute, en s'attachant à ce principe restrictif, le besoin de maintenir certaines garanties contre la rigueur si outrée de la jurisprudence criminelle de son temps, dont les déplorables erreurs ne sont que trop célèbres. Il eût probablement raisonné autrement en présence du jury. Du reste, nous avons déjà remarqué que la maxime *Testis unus, testis nullus* n'était pas dans la pratique aussi favorable à l'accusé qu'on serait tenté de le croire. Si la déposition du témoin unique était fortifiée de quelque adminicule, elle pouvait donner lieu à la torture, et l'on obtenait ainsi, par un moyen aussi atroce que factice, le supplément de preuve nécessaire pour amener la condamnation [1].

En présence de l'article 342 du Code d'instruction, il n'est plus permis de douter que notre droit criminel n'ait écarté toutes ces règles arbitraires, pour s'attacher à l'intime conviction. Seulement, des doutes s'étaient élevés en matière de chasse, à raison de l'article 11 de la loi du 30 avril 1790, qui permettait de suppléer au procès-verbal des gardes champêtres par la déposition *de deux témoins*. Mais la Cour de cassation avait décidé avec raison, et notamment par l'arrêt de cassation du 7 février 1835, qu'il ne fallait voir dans cet article qu'un vestige des anciennes idées, lequel n'avait pu survivre à la promulgation postérieure des lois qui ont réorganisé la procédure criminelle. Aujourd'hui il ne peut plus s'élever aucune difficulté, la législation ac-

[1] A Rome, on faisait mieux encore. Lorsque le témoin ne paraissait pas offrir des garanties suffisantes, il était mis lui-même à la torture : « Si ea « rei conditio sit », dit Arcadius (L. 21, § 2, D., *De testib.*), « ubi arena- « rium testem vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis « testimonio ejus credendum non est. »

tuelle sur la chasse autorisant d'une manière générale la preuve *par témoins*. (Loi du 3 mai 1844, art. 21.)

343. Quant à la seconde règle, bien plus exorbitante encore que la première, il ne faut pas croire, ainsi qu'on l'a quelquefois soutenu, qu'elle fût tombée en désuétude dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence. A la veille même de la Révolution française, cette doctrine déplorable reçut la sanction la plus éclatante. En 1786, un mémoire de Dupaty (l'auteur des *Lettres sur l'Italie*), connu sous le nom de *Mémoire pour trois hommes condamnés à la roue*, s'était élevé avec force, à l'occasion d'une procédure scandaleuse, contre les abus de la marche alors suivie au criminel, et notamment contre la maxime que le rapport conforme de deux témoins doit emporter condamnation. Ce mémoire, qui avait eu un grand succès dans le public, excita l'indignation de la magistrature. L'avocat général Séguier en poursuivit la suppression devant le parlement de Paris. On lit dans son réquisitoire (Voy. le réquisitoire, ainsi que le mémoire de Dupaty, dans le *Barreau français*, collection de Clair et de Clapier, 1re série, t. III) : « La déposition de deux « témoins n'est pas une présomption, c'est une preuve ; et « si je la rejette, tous les citoyens confiés à ma garde seront « exposés à être égorgés impunément. C'est donc le cas de « dire *avec la loi des Douze Tables : Salus populi suprema lex « esto* [1]. La déposition de deux témoins conformes, non « valablement reprochés, doit passer pour une preuve com- « plète, selon toutes les lois divines et humaines ; il est néan- « moins dans la nature des choses que deux témoins irrépro- « chables se soient trompés et aient trompé les juges ; le « magistrat le plus intègre peut être surpris ; mais il ne « perd rien de sa dignité, quand il s'est conformé aux volon-

[1] L'érudition de l'avocat général est ici au niveau de sa doctrine. Rien ne prouve que cet adage banal ait été formulé dans la loi des Douze Tables.

« tés de la loi, règle unique de ses jugements. » Ces étranges doctrines furent consacrées par le parlement comme de véritables articles de foi, et le mémoire de Dupaty subit le même sort que plusieurs écrits irréligieux du dernier siècle. Un arrêt du 11 août 1786 ordonna qu'il fût lacéré et brûlé en la cour du palais, au pied du grand escalier, par l'exécuteur de la haute justice, comme « injurieux aux magistrats, ten-« dant à dénaturer les principes les plus sacrés, destructif « de toute confiance dans la législation et dans les magis-« trats, etc. » On voit que l'Assemblée constituante s'attaquait à des abus encore en pleine vigueur, lorsqu'elle proclamait le principe de l'intime conviction, dans son instruction de 1791 sur la procédure criminelle : instruction reproduite presque littéralement en ce point par l'article 342 du Code qui régit actuellement la matière. Aujourd'hui, si certaines législations consacrent encore l'exclusion d'un témoin unique [1], du moins la maxime aussi grossière que barbare qui attachait une foi absolue au rapport de deux témoins, est universellement abandonnée. On sait que Napoléon, après la conquête des provinces rhénanes, où étaient en vigueur les deux maximes, les condamna toutes deux, en disant : « Ainsi donc, un honnête homme, par son témoignage, ne « pourra faire condamner un coquin, tandis que deux co-« quins pourront faire condamner un honnête homme ! »

344. Par cela seul que l'appréciation des témoignages n'est plus soumise à des règles techniques, mais est toute morale, il importe que les dépositions se présentent sous la forme la plus vraie, c'est-à-dire qu'elles aient lieu oralement. (C. d'instr., art. 317). Ainsi, on ne peut donner lec-

[1] Les plus récentes, à notre connaissance, sont le statut du Connecticut, revisé en 1849 (tit. VI, § 1859), qui exige deux témoins pour la conviction, quand l'accusation est de nature à entraîner la peine de mort, et le Code de procédure pénale d'Autriche de 1853 (§ 269), qui pose la même exigence d'une matière générale.

ture aux débats, avant la déposition orale d'un témoin, de sa déposition écrite dans l'instruction. (Cass., 7 avril 1836.) Après la déposition orale, au contraire, on a toujours admis qu'il pouvait être donné lecture de la déposition écrite afin de constater les variations du témoin (Code de brum. an IV, art. 366; C. d'instr., art. 317.) Cette exception n'est plus la seule aujourd'hui. Indépendamment des personnes que leurs fonctions ou leurs dignités dispensent du témoignage oral, la jurisprudence admet à titre de renseignement, en vertu du pouvoir discrétionnaire, la lecture de la déposition d'un témoin non présent aux débats; pareille lecture était interdite sous l'empire du Code de brumaire an IV, qui, à part le cas où il y aurait lieu de faire ressortir les variations des témoins, défendait d'une manière absolue (art. 365) de lire aux jurés aucune déclaration écrite de témoins non présents à l'auditoire. De ce que le Code d'instruction criminelle n'a pas reproduit cette prohibition absolue, on peut conclure qu'il y a lieu d'appliquer, par identité de motifs, au débat contradictoire ce que dit l'article 477 de l'instruction par contumace : « Si, pour quelque cause que ce soit, des té-« moins ne peuvent être produits aux débats, leurs dépos-« tions seront lues à l'audience. » Il faut bien se contenter de dépositions orales, et il était peu raisonnable d'écarter un témoignage, parce que le témoin était décédé après avoir déposé devant le juge instructeur, ainsi qu'on le faisait sous l'empire du Code de brumaire. Mais la jurisprudence actuelle tombe dans l'excès opposé, lorsqu'elle permet de substituer des dépositions orales aux dépositions écrites, dans le cas où le témoin n'a pas été cité ou n'a point comparu. (Rej., 25 août et 14 septembre 1826; 9 février et 16 juin 1843; 18 septembre 1852.) Alors de deux choses l'une : ou la déposition est essentielle, et alors elle doit être réitérée oralement, l'importance des frais qu'occasionnera le renvoi à

une autre session ne pouvant entrer en balance avec l'intérêt de la justice; ou la déposition n'a qu'une valeur secondaire, et l'on doit passer outre. « Les dépositions écrites », dit en combattant cette jurisprudence M. Faustin Hélie (*Revue de législation*, t. XVII, p. 368), « n'offrent point les ga-« ranties des dépositions orales. Elles ont été recueillies « pour servir d'élément à l'accusation et non au jugement; « elles sont rédigées par le juge, souvent par un greffier « inintelligent, et non par le témoin lui-même; elles expri-« ment la substance et le sens de la déclaration, mais non « ses paroles et son texte; enfin elles sont reçues dans le « cabinet du juge, sans débats, sans contradiction, sans « publicité. Comment être assuré que ce sont là les expres-« sions du témoin? Le procès-verbal peut-il rapporter ces « hésitations, ces longues réticences, les suggestions em-« ployées pour obtenir sa déclaration? Peut-il peindre son « trouble, son accent, son émotion? Il ne peut donner « qu'une analyse sèche et rapide de la déposition; si elle « est incomplète ou ambiguë, où chercherai-je un complé-« ment? Et puis, cette déposition fût-elle nette et précise, « qui peut savoir si le témoin l'eût soutenue au milieu des « débats, s'il n'eût point hésité en face du ministère public « ou de l'accusé, si, troublé par la majesté de l'audience, il « eût persévéré dans une déclaration irréfléchie? Enfin, la « fausse déposition faite devant le juge d'instruction n'a pas « de sanction, n'est frappée d'aucune peine : ce n'est que « lorsqu'elle est répétée dans les débats qu'elle peut encou-« rir les peines du faux témoignage; elle ne renferme donc « pas les mêmes gages de sincérité. » Mais il faut reconnaître avec le même criminaliste (*Inst. crim.*, t. V, § 609) que le principe, implicitement contenu dans les textes de la loi, se trouve, par l'indécision de ces textes, confié à la sa-

gesse du président, et qu'on ne saurait induire de sa violation la nullité de la procédure.

Quoi qu'il en soit, il est défendu de remettre au jury, lorsqu'il se retire dans sa chambre pour délibérer, les déclarations écrites des témoins. (C. d'instr., art. 341.) Et cela doit s'entendre, non-seulement des déclarations faites devant le juge d'instruction, qui ne figurent pas dans les éléments du débat définitif, mais même des dépositions des témoins non présents, lues à l'audience en vertu du pouvoir discrétionnaire. Si on remettait ces dépositions au jury, comme ce seraient les seules qu'il eût sous les yeux, elles pourraient avoir une influence trop directe sur sa détermination, et faire prévaloir, contre l'esprit de la loi, les documents écrits sur les témoignages oraux.

DEUXIÈME MODE DE PREUVE ORALE.

DÉCLARATION DU DÉFENDEUR. — AVEU EXPRÈS OU TACITE.

SOMMAIRE. — 345. Aveu. Ses diverses formes.

345. La déclaration de l'homme sur les faits litigieux, qui émane ordinairement de tiers étrangers aux procès, peut être l'œuvre des parties elles-mêmes. Nous réservons pour la troisième partie de ce livre les cas assez rares où la déclaration du demandeur même fait foi en justice. Nous allons nous occuper ici de la preuve appelée par les anciens auteurs la preuve par excellence[1], *probatio probatissima*, de l'aveu, c'est-à-dire du témoignage du défendeur même, reconnaissant, contre son propre intérêt, la vérité des faits allégués par l'adversaire.

L'aveu peut être exprès; c'est l'aveu proprement dit. Il peut être tacite et résulter de certaines circonstances déterminées. Le refus de prêter ou de référer le serment décisoire est la plus remarquable de ces circonstances.

[1] C'est jouer sur les mots que de reproduire, au contraire, ainsi que le font Zachariæ et ses annotateurs, MM. Aubry et Rau (§ 749 et not. 22 sur ce § 1), l'opinion d'anciens auteurs, suivant lesquels l'aveu n'est point une preuve, puisqu'il dispense de toute preuve celui au profit duquel il intervient : *Potius ab onere probandi relevationem quam probationem.* (Mascard, prélim., quest. 7.) D'abord cette force absolue de l'aveu n'existe point en matière criminelle, ni même, dans tous les cas, en matière civile. Et lors même qu'elle existe, l'aveu est toujours une *preuve* dans le sens large du mot, puisque c'est un moyen d'arriver à la connaissance de la vérité. Les premiers traducteurs italiens de notre traité appellent aussi l'aveu *probatio impropria*, en considérant le juge qui le recueille comme statuant *de præsenti* et non *de præterito*, à raison de la force invincible de l'aveu. Mais cette force invincible peut exister dans d'autres modes de preuve, même dans la preuve testimoniale, si la qualité et l'intelligence des témoins sont au-dessus de tout soupçon. Il serait singulier, après tout, qu'une preuve cessât d'être parfaite parce qu'elle entraîne une conviction plus complète pour le juge.

PREMIÈRE SORTE D'AVEU.

AVEU EXPRÈS, OU AVEU PROPREMENT DIT.

SOMMAIRE. — 346. Division.

346. Suivant notre usage, nous commencerons par examiner quelle est la force de l'aveu; puis nous nous occuperons de la procédure par laquelle on cherche à l'obtenir.

PREMIÈRE SECTION.

FORCE DE L'AVEU.

SOMMAIRE. — 347. Quelles déclarations constituent l'aveu. — 348. Force de l'aveu plus grande au civil.

347. L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il doit porter sur le fait, et non sur le droit : ainsi, la déclaration par laquelle on reconnaîtrait que la contestation est soumise aux dispositions de telle ou telle loi étrangère, ne constituerait point un aveu, et n'aurait rien d'obligatoire pour le juge. Lors même qu'elle porte sur le fait, toute espèce de déclaration n'est point un aveu; il faut pour cela qu'il y ait eu intention formelle de reconnaître la vérité des déclarations de la partie adverse. On ne saurait trouver ce caractère dans de simples allégations à l'appui des moyens sur lesquels repose la demande ou la défense; ni à plus forte raison dans de simples lettres écrites durant l'instruction. (Rej., 7 novembre 1827.)

348. En toute matière, l'aveu a une haute importance. Mais cette importance est plus grande encore au civil qu'au criminel[1]. Là où il ne s'agit que de questions pécuniaires,

[1] Les Anglais appellent l'aveu *admission* en matière civile, et *confession* en matière criminelle.

l'aveu a en général une force absolue : tant pis pour la personne capable qui reconnaîtrait sciemment une dette fausse; la société ne doit pas de protection aux intérêts privés qui jugent à propos de se sacrifier eux-mêmes. Devant les juridictions criminelles, au contraire, la foi de l'aveu n'est pas aussi complète; il ne suffit pas qu'un accusé consente à être condamné pour que sa condamnation soit légitime, il faut que sa culpabilité soit d'ailleurs vraisemblable. Ici s'appliquent les principes que nous avons posés sur l'esprit différent qui dirige la preuve en matière civile et en matière criminelle. (N° 99.)

PREMIÈRE DIVISION.

FORCE DE L'AVEU EN MATIÈRE CIVILE.

SOMMAIRE. — 349. Distinction de l'aveu judiciaire et de l'aveu extrajudiciaire.

349. L'aveu dont on peut se prévaloir contre son adversaire est, aux termes de l'article 1354 du Code civil, judiciaire ou extrajudiciaire. C'est à l'aveu judiciaire que la loi s'est attachée spécialement, soit parce qu'il est toujours régulièrement constaté, soit parce que les circonstances dans lesquelles il intervient ne permettent pas de le considérer comme fait légèrement et sans réflexion. Nous allons examiner les principes établis par le Code relativement à cette première espèce d'aveu; nous verrons ensuite jusqu'à quel point ces principes sont applicables à l'aveu extrajudiciaire.

§ 1. AVEU JUDICIAIRE.

SOMMAIRE. — 350. Caractère de l'aveu judiciaire. — 351. Capacité requise pour l'aveu. — 352. Cas où l'aveu ne fait point foi. — 353. Conditions de la validité de l'aveu. — 354. L'acceptation de la partie adverse est-elle requise? — 355. Comment s'expliquer la défense de revenir sur l'aveu *pour erreur de droit*? — 356. Indivisibilité de l'aveu judiciaire.

350. L'aveu judiciaire est défini (art. 1356, *ibid.*) : la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de

pouvoir spécial. Mais pour que l'aveu soit judiciaire, faut-il qu'il ait lieu dans le cours de l'instance actuelle, l'aveu fait dans une autre instance devant être considéré comme extra-judiciaire? La Cour de cassation (Rej., 16 mars 1868), se fondant sur les termes généraux de l'article 1356, considère comme judiciaire l'aveu intervenu dans une autre instance. Il en serait autrement d'un aveu intervenu devant l'autorité administrative (Rej., 9 janvier 1839), ou devant un juge incompétent, bien que le Code italien (art. 1356) décide le contraire.

351. Pour que l'aveu fasse foi, il doit émaner d'une partie capable, puisqu'il peut en résulter une véritable aliénation. Ainsi, l'aveu d'un mineur ne le lie point, à moins qu'il ne porte sur un délit ou sur un quasi-délit. (*Ibid.*, art. 1310.) Il en est de même de la femme mariée non autorisée[1]. Toutefois l'autorisation de répondre en justice emporte celle de répondre dans une comparution personnelle ou dans un interrogatoire sur faits et articles. (Rej., 22 avril 1828.) Que s'il existait une incapacité de donner ou de recevoir entre les parties, par exemple si un père avait fait un aveu dans un procès engagé avec son fils naturel, ce serait au juge à examiner si l'aveu est sérieux, ou bien s'il implique une libéralité déguisée. C'est en ce sens que les anciens interprètes disaient : *Qui non potest donare, non potest confiteri*. Par le même motif, l'aveu ne saurait avoir lieu au détriment de tiers qui ont acquis un droit sur l'objet de la contestation : ainsi, l'aveu du vendeur ne saurait nuire à l'acheteur, ni celui du failli à ses créanciers, du moins lorsqu'il est postérieur à la faillite.

[1] Aux termes de l'article 1361 du Code italien, l'aveu des tuteurs et administrateurs ne préjudicie pas aux administrés, excepté quand il est fait dans les cas et dans les formes qui leur permettent d'obliger ces mêmes administrés.

Une seconde conséquence du principe qu'avouer équivaut souvent à aliéner, c'est que l'aveu est interdit, comme l'aliénation, à un mandataire qui n'est pas spécialement autorisé à cet effet. (*Ibid.*, art. 1998.) L'aveu fait sans pouvoir peut cependant quelquefois compromettre le mandant. Sans doute, lorsque mon mandataire sera un simple particulier n'ayant aucun caractère public, la confession qu'il aura faite en mon nom, sans y être autorisé, sera radicalement nulle, comme excédant les bornes de son mandat. (*Ibid.*) Mais quand je suis représenté par un officier public procureur *ad lites*, par un avoué ou par un huissier, ses actes sont considérés comme mes actes propres, et me lient, du moins jusqu'à preuve contraire. Si je veux les faire tomber, je suis obligé de suivre une procédure particulière, celle du désaveu (C. de proc., art. 352 et suiv.) : ce qui serait complétement inutile à l'égard d'un mandataire ordinaire. Quant à l'avocat, n'étant pas le représentant immédiat de la partie, il ne la compromet pas directement par les aveux qui lui échappent; aussi est-il constant qu'un avocat ne saurait être passible de désaveu. Néanmoins, si l'avoué ne rétracte pas la confession faite par l'avocat, il est censé se l'approprier, et alors la partie lésée est autorisée à désavouer, non pas l'avocat, mais l'avoué seulement. (Rej., 8 décembre 1829 et 15 avril 1838.)

352. L'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait. (C. civ. art. 1356.) Mais cette proposition n'est vraie qu'autant que des intérêts d'un ordre supérieur ne se trouvent pas en litige. C'est ainsi que le Code de procédure (art. 870) décide, en ce qui touche la séparation de biens, que l'aveu du mari ne fait pas preuve. Cette décision s'applique, à plus forte raison, à la séparation de corps et aux nullités de mariage. *Favor matrimonii efficit*, dit Mascardus (*De probat., prelim.*, quæst. 7), *ut nulla confessio conjugum contra matrimonium publice contractum ei præjudicare possit.* Si, dans les cas

où l'intérêt général veut que le juge ne prononce qu'en connaissance de cause, il n'est pas permis de s'en tenir à l'aveu, doit-on hésiter à lui refuser toute force, quand il tend à établir certains faits dont la loi prohibe la reconnaissance, par exemple, une filiation incestueuse ou adultérine? Nous approuvons donc, contrairement à l'opinion de certains auteurs, un arrêt de rejet du 28 juin 1815, qui a refusé de reconnaître une filiation adultérine, malgré l'aveu émané des parties intéressées, contradictoirement avec leurs adversaires. La question n'est pas de savoir si on a une certitude morale des faits ainsi avoués, puisque la reconnaissance, même par acte authentique, n'est pas admise, mais si ces faits ne sont pas aux yeux de la loi d'une nature telle qu'on doive en repousser la constatation, à moins que la preuve ne résulte de la force des choses (n° 214), par exemple, celle de la maternité adultérine, en cas de désaveu. Et en effet, comment serait-il permis d'avouer une filiation qu'il est interdit de rechercher ou de reconnaître? Enfin, à bien plus forte raison, l'aveu serait impuissant pour modifier les règles de droit d'où dépend le sort de la contestation. C'est ainsi que la Cour de cassation (Rej., 8 août 1808) a refusé, en s'attachant à la nature même de l'aveu (n° 347), d'attribuer aucun effet à la reconnaissance faite en justice que la législation d'un autre pays régissait la matière.

353. Sur quelques points que porte l'aveu, il est clair que, pour entraîner condamnation, il doit être précis et complet. Autrement, il ne serait tout au plus qu'un commencement de preuve, qu'il faudrait compléter par d'autres voies de démonstration. Les jurisconsultes romains n'ont fait que proclamer une vérité de tous les temps, lorsqu'ils ont dit (Ulp., L. 6, pr., D., *De confess.*) : *Certum confessus pro judicato erit; incertum, non erit.* De plus, pour qu'il y ait aveu, il faut qu'une partie reconnaisse comme vrai et

comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait allégué par la partie adverse. De simples allégations et soutènements à l'appui d'un système de défense ne sauraient constituer un aveu judiciaire (n° 347), lors même qu'ils seraient réitérés dans un interrogatoire sur faits et articles. Tout au plus pourrait-on y voir un commencement de preuve par écrit. Au surplus, les juges du fait ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier le caractère de la déclaration d'après les faits et les documents du procès (Rej., 3 juin 1829, 25 février 1836 et 5 décembre 1842); ne faut-il pas conclure de là, suivant la doctrine de l'arrêt du 3 juin 1829, que l'aveu, pour avoir force complète, doit être fait en quelque sorte contradictoirement, c'est-à-dire être accepté par la partie adverse?

354. Pour soutenir que l'aveu ne peut être rétracté, bien qu'il n'ait pas été accepté par l'adversaire, on dit (Solon, addition à l'*Essai sur les preuves* de Gabriel, § 128) qu'il ne faut pas confondre avec une convention la simple déclaration d'un fait. Une convention exige le concours de deux volontés, et ne peut dès lors produire effet au profit d'une personne non présente (C. civ. art. 1121) qu'autant que cette personne a déclaré vouloir en profiter. Mais la déclaration d'un fait, surtout lorsqu'elle a lieu en justice, doit être présumée vraie, si elle est libre et spontanée, quand même l'adversaire ne s'en serait pas fait donner acte; cette circonstance postérieure semble étrangère à la validité intrinsèque de l'aveu, validité qui devait exister au moment même où il a eu lieu. Bien que ces considérations ne manquent pas de gravité, l'utilité pratique a fait depuis longtemps prévaloir l'opinion contraire. On a trouvé trop de danger à ce qu'il ne fût pas permis de revenir immédiatement sur des paroles proférées à la légère par la partie, souvent même par son représentant, ou sur des expressions

d'une requête, échappées à l'inexpérience d'un jeune clerc, quand il n'y avait encore aucun droit acquis pour la partie adverse [1]. Cela était si bien établi dans notre ancienne jurisprudence, que Pothier (*Oblig.*, n° 831) définit la confession judiciaire, l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée, et *dont le juge donne acte*. Si les rédacteurs du Code n'ont pas reproduit ces expressions de Pothier, c'est qu'ils n'ont pas songé à ce point; mais rien n'indique de leur part l'intention d'innover en présence d'une pratique constante. Un arrêt de la Cour de cassation (Rej., 9 juin 1863) a consacré expressément cette décision, peu contestée au palais. Dans tous les cas, s'il s'agit de faire valoir l'aveu, non comme décisif contre la partie qui l'a articulé, mais simplement comme interruptif de prescription, on convient que l'acceptation n'est pas nécessaire. Si une déclaration promptement rétractée ne peut servir de base à la condamnation du débiteur [2], elle peut suffire du moins pour rendre sa libération équivoque, et pour restituer au créancier le droit de prouver sa créance, en le relevant d'une déchéance rigoureuse. Pothier, qui nous enseigne la règle, nous enseigne aussi l'exception (*Ibid.*, n° 693), qui a passé dans la jurisprudence moderne. (Arrêts de rejet du 24 mai 1832 et du 22 août 1837.)

355. L'aveu, qui présente une certaine analogie avec le payement, peut, en principe, être rétracté, comme le payement peut être répété, pour erreur, violence ou dol. Si le Code ne disait rien de spécial sur la rétractation de l'aveu, on déciderait que, de même que le payement peut être répété

[1] Il est bien entendu que tout ce qui est exigé, c'est un concours de volontés; ainsi, l'acceptation peut précéder l'aveu aussi bien que le suivre, ce qui arrivera fréquemment lorsqu'il y aura comparution personnelle, et que l'une des parties pressera l'autre de s'expliquer sur un point contesté.

[2] Le Code italien (art. 1358) décide, ce qui est rationnel, que l'aveu fait à un tiers ne peut fournir qu'un simple indice.

pour cause d'erreur (*Ibid.*, art. 1235, 1377), sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, suivant la doctrine universellement admise; l'aveu pourrait être rétracté dès qu'il n'était fondé que sur une erreur. Mais l'article 1356 reproduit la proposition d'Ulpien (L. 2, D., *De confess.*), qui avait passé dans notre ancienne jurisprudence : *Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit.* « L'aveu », dit le Code, « ne peut être révoqué, à moins qu'on ne « prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pour- « rait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit. »

Si le législateur a voulu seulement dire par là que l'erreur de droit sur les conséquences de mon aveu n'est pas de nature à en altérer la sincérité, sa décision n'a rien que de parfaitement raisonnable. Ainsi, j'avoue avoir fait acte d'héritier relativement à la succession de mon oncle; j'ignorais que cet aveu entraînait pour moi l'obligation de payer ses dettes, même *ultra vires successionis;* j'ai pu agir imprudemment, mais, de ce que la vérité m'est préjudiciable, il ne s'ensuit nullement que je n'aie pas dit la vérité.

Cette explication nous avait paru si naturelle que nous n'avions pas songé à donner une autre application au principe posé par l'article 1356; mais si l'on s'attache à la doctrine de Pothier, à laquelle s'est référé l'orateur du Tribunat, il faut aller plus loin et exclure la révocation au cas où l'aveu lui-même n'est que le résultat d'une erreur de droit :

« Cette distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de « fait », dit Pothier (*Oblig.*, n° 834), « paraîtra par l'exemple « suivant. Supposons qu'un mineur, en âge de tester, lègue « une somme considérable à son précepteur [1]; l'héritier as- « signé est convenu devoir à ce précepteur la somme portée « au testament. Si, depuis, cet héritier a recouvré un co-

[1] Pour accommoder cet exemple à la législation moderne, il faudrait dire aujourd'hui : *à son tuteur.* (C. civ., art. 907.)

« dicille portant révocation du legs, sa confession, à la-
« quelle l'ignorance de ce codicille, qui est une erreur de
« fait, avait donné lieu, sera détruite; mais si le legs n'a
« pas été révoqué, et qu'il dise seulement que c'est par
« erreur qu'il est convenu devoir la somme portée au testa-
« ment, parce qu'il ignorait alors la loi qui défend aux mi-
« neurs de léguer à leurs précepteurs, cette erreur par lui
« alléguée étant une erreur de droit, il ne sera pas écouté
« à la proposer, et la preuve qui résulte de sa confession
« subsistera. »

Le motif que donne Pothier (*ibid.*), c'est que *c'est sa faute de ne s'être point fait instruire auparavant.* Mais ce motif prouve trop, car il faudrait en conclure, contrairement au texte de la loi, qui ne distingue pas, et à l'opinion aujourd'hui universellement admise, que le payement ne peut non plus être répété pour erreur de droit. S'il est certain que le legs fait à un incapable ou bien nul en la forme est sujet à répétition, lorsque l'héritier ne l'a acquitté que par erreur de droit, comment le simple aveu aurait-il plus de force que le payement effectif? N'y a-t-il point là matière à surprise, et l'héritier, en avouant le legs, aura-t-il voulu confesser autre chose que l'existence du testament, sans songer à sa validité légale? Mais, dira-t-on, la même distinction est faite par le Code civil (art. 2052) en matière de transactions. Il est facile de répondre que, d'après le but même de la transaction, celui qui transige est censé renoncer à soulever toute difficulté de droit comme de fait. On comprendrait qu'il en fût de même si l'aveu judiciaire n'avait lieu que dans des actes où la partie reçoit les conseils de son avocat ou de son avoué; mais comment attacher le même effet à l'aveu fait dans un interrogatoire que prête le plaideur sans aucune assistance? Il est vrai qu'une disposition irrégulière peut être confirmée, soit par celui qui l'a faite, soit par ses

héritiers; mais cette confirmation exige (*Ibid.*, art. 1338) des conditions spéciales, en l'absence desquelles elle n'est point réputée faite en connaissance de cause. Or, à quoi serviraient ces précautions si un simple aveu ne pouvait être rétracté, lors même qu'il provient de l'erreur la plus manifeste?

Cette observation nous conduit à une solution ingénieuse proposée par M. Larombière. (*Théorie des Obligations*, tom. V, p. 422.) Il est impossible d'admettre que la loi se contredise elle-même, et revienne sur ce principe essentiel que les actes confirmatifs doivent être exempts de toute erreur. Il faudra dès lors distinguer, dans la pratique, s'il s'agit du simple aveu d'un fait, ou de la confirmation du vice d'une obligation, confirmation qui doit toujours être *volontaire*, ainsi que le Code le répète à plusieurs reprises (art. 1338, 1340). L'aveu d'un fait ne pourra être rétracté lorsqu'il ne proviendra que d'une erreur de droit; mais on pourra revenir sur la confirmation entachée d'une pareille erreur, parce que cette confirmation cessera d'être volontaire, à moins que les parties n'aient manifesté l'intention de transiger, ce qui rendrait applicable l'article 2052. Peu mporte que la confirmation ait été qualifiée d'aveu; il appartient toujours aux tribunaux de restituer à un acte son véritable caractère. Un passage de Pothier ne saurait suffire pour détruire les principes les mieux établis.

C'est encore une de ces hypothèses où Pothier a reproduit trop servilement les principes de la législation romaine. Mais il faut observer d'abord qu'à Rome on n'avait pas soumis, comme chez nous, à des conditions spéciales la confirmation des obligations entachées de nullité. De plus, la distinction de l'erreur de droit et de l'erreur de fait était admise d'une manière bien plus large qu'elle ne l'est aujourd'hui. Ainsi Africain, dans un texte (L. 7, D., *De confess.*) qui a

probablement servi de base à la doctrine de Pothier, enseigne que l'aveu d'un fidéicommis ne saurait être révoqué pour erreur de droit. Mais c'est que, d'après un rescrit d'Antonin, reproduit par Paul (L. 9, § 5, D., *De jur. et fact. ignor.*), l'erreur de droit n'aurait pas motivé davantage la répétition du payement.

356. Enfin, l'aveu (même art. 1356) ne peut être divisé contre celui qui l'a fait. Cette indivisibilité est de toute justice. Lorsque je m'en rapporte à la déclaration de mon adversaire, je dois la prendre telle qu'elle est, je ne puis la scinder arbitrairement, pour en extraire seulement ce qui m'est favorable. Autrement, je lui prête un langage qu'il n'a ni tenu ni voulu tenir; car on sait combien il est facile, en isolant certaines expressions, de leur donner un sens manifestement contraire à l'intention de celui qui les a prononcées. L'aveu peut être accepté ou rejeté, mais il n'est pas permis de le dénaturer. Ainsi, quand je n'aurai aucune autre preuve d'un prêt que la confession de celui à qui je l'aurai fait, et qu'il aura dit s'être engagé à me rendre la somme sans intérêts, je ne serai pas reçu à soutenir, en invoquant, par exemple, des présomptions, si la somme ne dépasse pas cent cinquante francs, que des intérêts ont dû être stipulés. L'aveu est dit *qualifié*, lorsqu'il contient ainsi la reconnaissance d'un fait sous certaines modifications. — Il y a un peu plus de doute touchant l'indivisibilité, lorsque l'aveu est *complexe*, c'est-à-dire lorsque la déclaration qui modifie l'aveu porte sur un fait distinct et postérieur, par exemple, sur un payement que mon débiteur déclarerait avoir effectué, en même temps qu'il reconnaîtrait la dette. Ici on pourrait être tenté de soutenir, avec Weber, qu'il n'est pas interdit de séparer deux déclarations qui sont loin de se confondre, puisque l'une est l'aveu d'un premier fait, tandis que l'autre est l'allégation d'un second fait, tout fa-

vorable à celui qui s'en prévaut, et se référant à une autre époque. Néanmoins cette espèce a toujours été confondue avec la précédente. Puisque je ne me suis pas procuré d'autres preuves, j'ai eu confiance en la bonne foi de mon adversaire; c'est à cette bonne foi que je dois m'en rapporter pour tout ce qui concerne la dette. C'est ce que le Code civil décide expressément en matière de dépôt : « Lorsque le « dépôt », dit l'article 1924, « étant au-dessus de cent cin- « quante francs, n'est point prouvé par écrit, celui qui est « attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, « soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en « faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution. » Cette décision doit être généralisée. Il y a même raison pour s'en rapporter complétement au débiteur, dans toute circonstance analogue.

Mais il doit en être autrement, quand celui qui a fait l'aveu allègue, pour en détruire l'effet, un fait entièrement nouveau, par exemple, une créance en sa faveur, qui se compenserait avec la dette avouée. Je veux bien suivre la foi de mon débiteur en ce qui concerne sa dette; mais je n'ai jamais eu l'intention de l'autoriser à se déclarer à son tour mon créancier. Autrement, en pressant les conséquences du principe de l'indivisibilité, on en viendrait au point que, si la créance alléguée par le débiteur dépassait le montant de sa dette, comme il serait impossible de scinder sa déclaration, le prétendu aveu finirait par intervertir les rôles, et par rendre en dernière analyse le créancier débiteur; ce qui est trop évidemment inadmissible. La division était possible à Rome en pareille hypothèse. Voici, en effet, l'espèce que pose Scévola (L. 26, § 2, D., *Depos.*) : « Titius Semproniis salutem : habere me a vobis auri pondo « plus minus decem, et discos duos, saccum signatum : ex

« quibus debetis mihi decem quos apud Titium deposuistis. « item quos Trophimati decem, item ex ratione patris vestri « decem et quod excurrit. Quæro an ex hujusmodi scrip- « tura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecu- « niæ causam attinet? Respondit, ex epistola, de qua quæ- « ritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed « probationem depositarum rerum impleri posse. An autem « is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem, « probare possit hoc quod scripsit, judicem æstimaturum. » Cette doctrine est bien exposée par Voët, auteur peu versé, sans doute, dans la connaissance historique du droit romain, mais qui développe souvent avec justesse les principes de raison puisés par les modernes dans cette législation. On lit dans son commentaire sur le titre *De confessis*, n° 5 : « Equi- « dem si plura sint capita confessionis separata, quorum « unum haut dependet ab altero, nihil vetat quominus divi- « sio confessionis admittatur, et accipiatur pars altera, « rejiciatur; sicut unam partem sententiæ, quæ confessioni « similis, admittere potest qui succumbit, et ei acquiescere, « ab altera vero appellare. Sin omnia confessione compre- « hensa inter se connexa, et unius quasi actus continui « factum contineant, non videtur circa eumdem actum ad- « mittenda separatio, et proinde vel tota confessio accep- « tanda est, vel tota rejicienda, quum iniquum sit commoda « quidem admittere, repudiare vero onera eidem cohæ- « rentia. »

La jurisprudence de la Cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens. Elle a admis l'indivisibilité soit de l'aveu qualifié, dans le cas où il s'agissait de savoir à quel titre des valeurs avaient été remises, la remise n'étant constatée que par l'aveu de celui qui les avait reçues (Rej., 25 février 1837; voy. aussi Cass., 26 novembre 1849), lors même que le prétendu dépositaire alléguait un don manuel (Paris,

20 février 1852; Montpellier, 25 février 1862[1]); soit de l'aveu complexe, relativement à l'emploi de sommes que le défendeur reconnaissait avoir reçues, et qu'il disait avoir versées ensuite entre les mains du demandeur, ou relativement à l'établissement d'un compte dont les recettes et les dépenses n'étaient justifiées que par l'aveu du mandataire. (Cass., 25 avril 1853 et 24 juin 1863.) Au contraire, elle a permis de diviser l'aveu, lorsqu'une créance distincte était alléguée pour opérer compensation de la dette avouée (Rej., 15 mai 1855 et 8 février 1864), et en général lorsqu'il s'agissait de faits non connexes. (Rej., 23 décembre 1835 et 6 février 1838.) Cette distinction une fois admise, il n'est pas douteux qu'on ne puisse isoler les réponses faites dans un interrogatoire sur faits et articles, quand ces réponses ne sont pas connexes; sinon, le but de l'interrogatoire serait complétement manqué, puisqu'il ne me serait pas possible de me prévaloir des déclarations vraies de mon adversaire sur certains points, sans me trouver obligé d'accepter sur d'autres points ses déclarations mensongères. (Rej., 29 juin 1839.) A plus forte raison est-il permis de puiser dans de pareilles déclarations un commencement de preuve par écrit. (Rej., 18 août 1854.)

Ce qu'il y a de certain, c'est que les restrictions de l'aveu, pas plus que l'aveu même, ne peuvent contrarier les prohibitions de la loi : ainsi, une personne que la loi présume interposée au profit d'un incapable, reconnaît avoir reçu une donation; vainement ajoutera-t-elle qu'elle l'a reçue pour son compte, et que son aveu doit être considéré

[1] Mais la Cour de Paris a eu tort d'invoquer, dans l'espèce, l'article 2279 du Code, suivant lequel en fait de meubles, possession vaut titre, cette maxime n'ayant de force qu'à l'égard des tiers. Dans les rapports des parties, il suffisait de dire, avec un autre considérant de l'arrêt de 1852, que le prétendu déposant s'était mis volontairement à la discrétion de la partie adverse en n'exigeant point de reçu (n° 172).

comme indivisible, la seconde partie de la déclaration sera rejetée comme illégale, mais la première sera maintenue. De plus, indépendamment des présomptions légales, on a toujours pensé que, lorsqu'il y avait dans la cause des indices de dol, l'indivisibilité de l'aveu pouvait être écartée en connaissance de cause. C'est probablement pour ce motif que l'article 1961 du Code hollandais s'en rapporte, sur l'indivisibilité de l'aveu, aux lumières du juge. Notre Code, sans doute, ne va pas aussi loin, nos tribunaux ne peuvent, sans motif apparent, s'écarter de la règle tracée; mais les cas de fraude sont, ici comme partout ailleurs, exceptés. Si donc l'addition faite à l'aveu est gravement suspecte, et notamment, si les circonstances alléguées pour les modifier sont d'une invraisemblance grossière, le tribunal pourra écarter cette addition, pour s'en tenir purement et simplement à l'aveu, mais en ayant soin de mentionner les indices de dol que présente la cause. (Agen, 16 décembre 1823; voy. aussi Rej., 22 novembre 1869.) Que si on alléguait une simple invraisemblance, il ne serait point permis de diviser l'aveu : ainsi, la Cour de cassation a cassé, le 19 avril 1858, un jugement du tribunal de Joigny qui, sur la déclaration du défendeur que la vente avait été faite à l'essai, avait divisé l'aveu, sous prétexte que la vente à l'essai était invraisemblable dans l'espèce. Enfin, à part la circonstance de dol, la règle de l'indivisibilité ne reçoit d'application que là où la partie adverse, ne pouvant alléguer d'autre preuve que l'aveu, est obligée d'accepter ou de rejeter en entier la déclaration sur laquelle elle se fonde. Il en est autrement si cette partie a d'autres moyens légaux de prouver son droit : alors l'aveu qualifié, et surtout l'aveu complexe, n'ont plus qu'une importance accessoire : dans le système contraire, il serait par trop facile de paralyser les moyens de la partie adverse, au moyen d'un aveu partiel, dont il lui

serait interdit de modifier la teneur. (Rej., 18 et 26 février 1851.)

Au surplus, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation (Rej., 26 août 1863), ce n'est point diviser l'aveu que d'interpréter la convention que l'aveu constate.

§ 2. AVEU EXTRAJUDICIAIRE.

SOMMAIRE. — 357. Preuve testimoniale de cet aveu soumise aux restrictions ordinaires. — 358. Caractère de l'aveu fait en bureau de conciliation. — 359. Importance moindre de l'aveu extrajudiciaire. — 360. Quand il peut être révoqué. — 361. L'aveu extrajudiciaire est-il indivisible?

357. L'aveu extrajudiciaire est celui qui n'a pas lieu en face de la justice dans le cours d'un procès. Le législateur ne s'est occupé de cet aveu qu'en ce qui touche la manière de le prouver. Habituellement, s'il ne rentre pas dans la classe des preuves préconstituées, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, c'est-à-dire s'il est purement verbal, il ne peut évidemment se prouver que par témoins, à moins que l'aveu ne soit lui-même avoué en justice. Le Code nous rappelle (art. 1355) que, pour une dette au-dessus de cent cinquante francs, il n'est pas plus permis de prouver par témoins l'aveu, qu'il ne le serait de prouver la dette elle-même. « Il vaudrait autant », dit l'exposé de motifs, « admettre directement la preuve par témoins pour sommes « et valeurs excédant cent cinquante francs, que d'autoriser « à prouver ainsi l'allégation d'un aveu verbal de la dette. » Il n'est pas douteux que l'aveu judiciaire ne soit également soumis aux principes de notre droit sur l'admission de la preuve par témoins. Dans les législations qui admettent la constatation par témoins des faits qui ont eu lieu en justice, ainsi que cela se pratiquait à Rome, la doctrine attache moins d'importance à l'aveu judiciaire lorsqu'il n'en est justifié que par une relation orale. Alciat, après avoir parlé de

la force de l'aveu, ajoute (*De præsumpt.*, pars secunda, coll. 682, n° 6) : *Quæ ratio non habet locum, quando ista confessio probaretur per testes; imo est minus certa cæteris probationibus.* Les jurisconsultes anglais conseillent aussi de ne recevoir qu'avec une grande circonspection de pareilles déclarations, trop souvent dénaturées par ceux qui les rapportent. (M. Greenleaf, t. I, p. 263.)

358. L'aveu extrajudiciaire acquiert plus d'importance, lorsque, sans avoir eu lieu en justice, il a été régulièrement constaté par un officier compétent[1], notamment par le juge de paix siégeant en bureau de conciliation. Il est vrai qu'aux termes de l'article 54 du Code de procédure, contrairement à la législation antérieure, ce juge, s'il n'y a point eu conciliation, doit simplement faire mention que les parties n'ont pu s'accorder. Mais si elles consentent à l'insertion de leurs dires, il a toujours qualité pour les constater. En pareille hypothèse toutefois, l'aveu n'est pas un aveu judiciaire, ainsi que l'a décidé, mal à propos suivant nous, un arrêt de Limoges du 17 juillet 1849, puisque le fonctionnaire devant lequel il est articulé ne siége pas comme juge, et n'aurait pas qualité pour le provoquer par un interrogatoire en forme. La confession ainsi faite n'aura donc pas la même force que si elle était intervenue dans le cours d'un procès. Mais elle pourra évidemment être alléguée, quelle que soit l'importance du litige; car, bien que verbale, elle a eu lieu devant une autorité investie du pouvoir d'en dresser acte. (C. de proc., art. 54 et 55.)

359. L'aveu extrajudiciaire, en le supposant légalement prouvé, n'est pas au fond d'une autre nature que l'aveu ju-

[1] L'incompétence du magistrat, qui n'empêche point que la reconnaissance ne soit interruptive de prescription (arg. de l'art. 2246, Cod. civ.), ne la dépouille point non plus de toute force probante : c'est aux tribunaux à apprécier les circonstances. Nous avons vu (n° 350) que le Code italien considère en ce cas l'aveu comme judiciaire.

diciaire. S'il est positif et précis, en quelque lieu qu'il ait été fait, il doit être décisif contre la partie qui s'est condamnée par sa propre bouche. Cependant la loi n'a pas cru devoir répéter pour cet aveu ce qu'elle dit pour l'aveu judiciaire, qu'il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. C'est qu'elle a craint qu'on n'abusât de cette règle. L'aveu extrajudiciaire, en effet, est rarement bien complet et bien net. Les paroles qui échappent dans une conversation ne sont pas pesées par celui qui les prononce, comme celles qui sont proférées en justice dans un interrogatoire solennel. Il faudra donc examiner avec soin dans quelles circonstances une partie aura fait cette reconnaissance, dont on cherche à se prévaloir contre elle. Ainsi, on ne devra jamais manquer de s'enquérir si elle a eu lieu ou non en présence du créancier. De même on attachera plus de force à l'aveu extrajudiciaire dont nous parlions tout à l'heure, à celui qui aurait été recueilli par le juge de paix siégeant comme conciliateur, qu'à celui qui ne se rattacherait qu'à une conversation particulière; et en général l'aveu constaté par écrit aura plus de poids que l'aveu verbal. Nous pouvons donc dire, avec l'article 1965 du Code hollandais : « Il est laissé à la pru-« dence du juge de déterminer l'effet de l'aveu extrajudi-« ciaire. » Nul doute d'ailleurs que l'aveu extrajudiciaire, comme l'aveu judiciaire, n'exige un pouvoir spécial du mandataire qui le fait pour autrui. Bien plus, un pareil aveu, ne rentrant point, comme l'aveu judiciaire, dans les fonctions des officiers ministériels, serait considéré comme non avenu, s'il n'avait pas été autorisé. Il n'y aurait plus de présomption en faveur de l'officier qui aurait avoué, ni dès lors de nécessité d'employer la procédure spéciale du désaveu. Quant à l'acceptation, ceux même qui n'en admettent point la nécessité pour l'aveu fait en justice reconnaissent qu'ici elle est nécessaire, en ce sens que des paroles pro-

férées légèrement peuvent toujours être immédiatement rétractées.

360. L'aveu extrajudiciaire peut évidemment être révoqué pour erreur de fait. Quant à l'erreur de droit, lors même que l'on devrait adopter la doctrine de Pothier, qui nous a paru inadmissible, sur l'impossibilité de révoquer l'aveu judiciaire, au cas même où cet aveu n'est autre chose que la confirmation d'un acte nul, toujours faudrait-il reconnaître que cette doctrine est essentiellement contraire au droit commun. Dès lors, dans le silence de la loi sur l'aveu extrajudiciaire, il faut s'en tenir aux principes généraux sur la rescision pour cause d'erreur. On ne saurait d'ailleurs attribuer la même force à l'aveu qui intervient en dehors d'une instance, la partie ne pouvant plus être censée s'être rendu bien compte de sa position légale.

361. On s'est souvent demandé si l'aveu extrajudiciaire est indivisible. En raison, il est également vrai dans tous les cas que, quand je n'ai en ma faveur que la déclaration de la partie adverse, je dois la prendre ou la rejeter dans son entier. C'est ainsi que l'indivisibilité est consacrée pour l'aveu littéral qui résulte des registres des marchands. (C. civil, art. 1330.) Cependant tout ce qu'on peut conclure de là, c'est que la doctrine de l'indivisibilité n'est pas étrangère à l'aveu extrajudiciaire, et que ce serait souvent mal juger que de diviser un aveu de cette nature. Mais y aurait-il lieu de casser un jugement qui opérerait cette division? Il est difficile de le croire, quand, avant la promulgation du Code, il était constant que la cassation n'eût pu avoir lieu, même pour la violation du principe de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, principe qui n'était alors qu'une règle doctrinale, contestée par certains auteurs, et dans tous les cas soumise, comme à Rome (n° 356), à l'appréciation du juge. (Voy. Merlin, *Questions de droit*, v° CONFESSION, § 2, n° 1.) Ce qui

était vrai pour l'aveu judiciaire même, l'est encore aujourd'hui, dans le silence de la loi, pour l'aveu extrajudiciaire. La division de cet aveu mal à propos opérée peut donner lieu à un appel, mais non à un recours en cassation. (Rej., 10 décembre 1839.)

Mais, si l'on est d'accord pour connaître qu'un aveu purement extrajudicaire n'est point soumis au principe de l'indivisibilité, en tant que règle légale, on se demande ce qu'il faut décider si un aveu extrajudiciaire a été réitéré dans le cours d'une instance. Pour soutenir, avec la Cour d'Orléans [1] (arr. du 7 mars 1818), que l'aveu ainsi réitéré ne se transforme pas en aveu judiciaire et demeure par conséquent divisible, on invoque cette considération, qu'il ne peut dépendre du libre arbitre d'un plaideur de modifier le caractère d'un des documents de la cause, en changeant après coup la nature de l'aveu. Nous reconnaissons volontiers qu'une déclaration purement spontanée ne saurait avoir les effets d'un aveu judiciaire, parce qu'elle aurait été faite précédemment en dehors de l'instance. Mais, si la déclaration faite en justice constitue un aveu caractérisé (n° 347), nous dirons avec Merlin (*loc. cit.*, § 3, n° 2) : « Comment un « aveu fait en justice pourrait-il cesser d'être considéré « comme judiciaire et en perdre le privilége, par la seule « raison qu'il aurait été précédé d'un aveu extrajudiciaire « dont il ne serait que l'écho? Cela répugne au bon sens « naturel. » Un arrêt de cassation du 30 avril 1821 s'est prononcé en ce sens.

[1] Il faut remarquer toutefois que la Cour d'Orléans constate dans son arrêt des indices de dol, et qu'au cas de dol il y a exception au principe de l'indivisibilité (n° 356). On cite mal à propos, comme ayant jugé dans le même sens, l'arrêt de rejet du 10 décembre 1839, qui ne s'explique point sur la réitération de l'aveu, puisqu'il ne reconnaît point à la déclaration invoquée le caractère d'un aveu judiciaire.

DEUXIÈME DIVISION.

FORCE DE L'AVEU EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 362. Aveu judiciaire et extrajudiciaire. — 363. Preuve de l'aveu extrajudiciaire au criminel ; quelle en est la valeur. — 364. Aveu judiciaire. Il n'est point une preuve infaillible. — 365. Mais exagération dans la doctrine qui refuse d'y voir une preuve suffisante. — 366. Aveu en matière d'adultère. — 367. Faculté de rétracter l'aveu au criminel. — 368. L'aveu au criminel est-il indivisible ? — 369. Renvoi pour la spontanéité.

362. L'aveu, au criminel comme au civil, peut être judiciaire ou extrajudiciaire.

363. L'aveu extrajudiciaire, lorsqu'il n'est pas réitéré par l'accusé en justice, et qu'il n'est pas constaté par un écrit spécial, ce que nous supposons toujours dans cette partie de notre ouvrage, ne peut être établi que par témoins. La preuve testimoniale tendant à constater cet aveu sera soumise aux mêmes règles que si elle tendait directement à constater le point en litige. Elle sera par conséquent admissible, à moins que l'on ne rentre dans les cas où elle est prohibée devant toute juridiction ; par exemple, si l'on voulait faire entendre des témoins pour établir la reconnaissance d'un prétendu dépôt, dont on alléguerait la violation, on serait non recevable, attendu qu'il fallait se procurer un écrit. Dans tous les cas, le juge doit examiner, comme pour l'aveu extrajudiciaire civil, quand et comment on dit que l'accusé a avoué. Ainsi, on aura bien plus d'égard à une déclaration recueillie par un commissaire de police, quoiqu'il n'ait pas qualité pour procéder à un interrogatoire régulier, qu'à celle qui n'aurait eu lieu qu'en présence de simples particuliers [1]. L'aveu extrajudiciaire n'était considéré jadis que comme un indice ; mais, d'après la jurisprudence bar-

[1] En traitant de la preuve littérale, nous examinerons quelle est la foi du procès-verbal constatant un aveu, dressé par un officier compétent.

bare que nous avons signalée, il pouvait, comme la déposition d'un témoin unique, justifier l'emploi de la torture. (Voy. Muyart de Vouglans, *Inst. au droit crim.*, part. VI, chap. IV.) Aujourd'hui l'importance de cet aveu doit varier suivant les circonstances. La doctrine des jurisconsultes anglais paraît exiger que l'aveu extrajudiciaire soit corroboré par des indices; en Amérique, on exige la constatation préalable du corps du délit. (M. Greenleaf, tom. I, p. 283, § 217 et note 3.) Mais c'est une grave erreur que de considérer cet aveu comme nul, ainsi que le fait M. Mittermaier. (*Preuve en matière criminelle*, chap. XXXIV.) Si c'est quelquefois un acte de légèreté ou de jactance, il y a des circonstances où apparaît évidemment l'*animus confitendi*.

364. Au contraire, la confession que fait l'accusé, lorsque les conséquences de sa déclaration ne peuvent lui échapper, lorsque la peine est en quelque sorte suspendue sur sa tête, semble une preuve supérieure à tous les indices et à tous les témoignages. La conscience publique proclame cette supériorité de l'aveu. Ne voit-on pas tous les jours les jurés s'enquérir avec anxiété si l'homme qu'ils ont condamné a avoué son crime? Et lorsqu'ils reçoivent une réponse affirmative, n'éprouvent-ils pas un soulagement bien sensible? Ne sentent-ils pas s'évanouir le reste de doute qui subsistait encore au fond de leur esprit?

Malheureusement il n'y a rien de certain sur la terre, en dehors des faits d'évidence immédiate. On a vu de tout temps des aveux mensongers. Ulpien (L. 1, § 27, D., *De quæst.*) nous parle d'un esclave qui se déclara faussement coupable de meurtre, pour ne pas retomber au pouvoir de son maître. Aussi le même jurisconsulte nous cite-t-il à ce sujet (*ibid.*, § 17) une constitution de Septime Sévère, qui défendit de s'attacher à un aveu que rien ne viendrait appuyer : « Con« fessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non

« oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis in- « struat. » On assure qu'en Chine il y a des personnes qui avouent pour autrui des délits légers, afin de subir la punition au lieu et place du véritable coupable, qui les indemnise ensuite largement. Au rapport d'anciens criminalistes (Farinacius, *Quæst.* 81, n° 30), la crainte de la torture, plus forte que celle de la mort, porta quelquefois des innocents à se reconnaître sur-le-champ coupables de crimes capitaux. Ce danger n'est plus à craindre aujourd'hui. Mais une source d'aveux mensongers qui peut se retrouver encore de nos jours, c'est le désir d'aller au-devant de sa perte par désespoir et par dégoût de la vie. Ce fut ainsi qu'un homme se déclara volontairement coupable d'avoir assassiné une veuve d'Issy, dont la disparition donnait lieu aux poursuites les plus actives; deux ans après son exécution, la veuve revint chez elle, et les juges qui avaient prononcé la condamnation furent décrétés d'ajournement par un arrêt du parlement de Paris du 22 novembre 1580. Il y a aussi dans la jurisprudence contemporaine des exemples d'aveux dont la fausseté a été matériellement démontrée. (Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, n° 330, not. 2.) Une espèce presque identique à celle de la veuve d'Issy s'est présentée en 1819, en Amérique. (M. Greenleaf, t. I, p. 279, not. 2.) M. Wills (*Circumstantial evidence*, chap. III, sect. 2) cite aussi plusieurs exemples d'aveux reconnus faux dans la pratique anglaise. Il faut donc, avant d'accueillir l'aveu, rechercher avec soin : 1° si le fait est bien probable en lui-même; ainsi, dans l'espèce de la veuve d'Issy, il n'y avait pas de corps de délit constaté, et la base de l'accusation n'existait que dans la rumeur publique; 2° si une fausse déclaration n'a pas été amenée par quelque motif extraordinaire, que l'on pourra peut-être saisir en recherchant les antécédents de celui qui s'accuse ainsi lui-même : précau-

tion qu'il importe surtout de ne pas négliger à notre époque, où le suicide se multiple sous toutes les formes. Ainsi la Cour de Rennes (17 février 1864) a jugé qu'il n'y a point preuve suffisante d'un délit dans un aveu rétracté plus tard, comme ayant été arraché par l'intimidation. En ce sens, l'ancien adage *Nemo auditur perire volens* est parfaitement raisonnable.

365. Mais on a souvent abusé de cet adage. On a été jusqu'à prétendre que l'aveu, lors même qu'il n'a rien de suspect ni d'invraisemblable, n'est pas une véritable preuve, et qu'il ne saurait suffire pour motiver une condamnation, ou du moins une condamnation capitale. Ainsi, l'ancienne jurisprudence, qui regardait le juge comme lié par la déposition de deux témoins conformes, ne lui permettait pas de se déclarer convaincu par la confession de l'accusé. Et ces deux décisions, bien qu'opposées dans leur tendance, se conçoivent dans un système qui comptait les témoignages au lieu de les peser. L'accusé était témoin dans sa propre cause; mais il était témoin unique, si d'autres dépositions ne venaient se joindre à la sienne; dès lors son aveu, quelque sincère et quelque précis qu'il fût, ne pouvait suffire. « La règle qui a lieu à l'égard de tous les crimes publics », dit d'Aguesseau (lettre 199), « c'est que la seule confession « du coupable ne suffit pas pour mettre la justice en état de « le condamner, suivant cet ancien axiome de la jurisprudence : *Non auditur perire volens*. L'aveu de l'accusé est « sans doute un grand commencement de preuve; mais il « faut nécessairement que, pour achever sa conviction, on « y joigne des preuves qui ne dépendent pas de sa seule re- « connaissance; sans quoi il ne peut être regardé comme « suffisamment convaincu, ni par conséquent justement « condamné. » Cette doctrine paraît avoir été puisée dans ce passage de Quintilien (Déclam. 314) : « Ea natura est

« omnis confessionis, ut possit videri demens qui de se con-
« fitetur. » Mais, indépendamment du peu d'autorité qu'ont en matière judiciaire les déclamations de Quintilien, véritables exercices d'école, il s'agit dans l'espèce d'un homme véritablement fou, qui s'accuse d'avoir tué son père, et il n'y a dès lors aucune conclusion à en tirer quant à la force de l'aveu en général. Au contraire, les textes de droit mettent l'aveu au nombre des preuves les plus convaincantes. C'est ainsi que Constantin (L. 16, Cod., *De pœn.*) donne à l'aveu la même foi qu'à la déposition de témoins concordants. (Voy. aussi Valent., L. 8, Cod., *Ad leg. Jul. De vi public.*) Quant à la constitution de Septime Sévère (L. 1, § 17, D., *De quæst.*), que nous avons citée, et qui ne veut pas qu'on s'attache à l'aveu, *si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*, on doit l'entendre, pour la concilier avec les autres textes, non d'autres preuves positives, mais simplement d'indices de nature à rendre l'aveu vraisemblable. Ce que cette constitution dit de ce mode de preuve serait vrai, à plus forte raison, de tout autre, et on ne saurait en induire, contrairement au sens commun, l'infériorité de l'aveu. Il n'est pas infaillible, sans doute; mais on ne saurait le rejeter sans tomber dans un système de scepticisme qui serait essentiellement dangereux pour l'intérêt social. Le cri de la conscience explique la confession de l'accusé plus naturellement qu'un dérangement d'esprit, que l'on pourrait établir d'après les circonstances de la cause, mais qui ne doit pas se supposer. Les faux aveux seront toujours infiniment plus rares que les faux témoignages.

Aujourd'hui l'intime conviction, posée en principe par l'article 342 du Code d'instruction criminelle, peut se former et se formera tout aussi bien par suite de l'aveu que par d'autres voies. Les magistrats et les jurés doivent toutefois examiner dans quelles circonstances se produit l'aveu, et on

peut leur donner comme règles de conduite les conditions exigées d'une manière impérative en Autriche, en vertu de la théorie des preuves légales (Cod. de proc. pén., de 1853, § 264) : 1° que l'aveu n'ait pas lieu seulement devant le juge instructeur, mais à l'audience; 2° que l'inculpé soit sain d'esprit; 3° que l'aveu soit précis, et ne résulte point d'une expression ou d'un geste équivoque; 4° qu'il ne consiste pas dans une simple réponse à une question posée, mais dans un narré de l'inculpé lui-même; 5° qu'il s'accorde avec les informations déjà obtenues [1].

Mais une règle restrictive n'est pas conforme aux principes de notre procédure pénale, et en supposât-on par impossible l'existence, cette restriction n'aurait pas de sanction au grand criminel, puisque le jury ne motive point ses décisions. On a soutenu avec un peu plus de fondement, en matière de police simple ou correctionnelle, là où les jugements sont motivés, que l'aveu, ne figurant pas au nombre des preuves énumérées par la loi (C. d'instr., art. 153 et 190), ne saurait à lui seul justifier une condamnation. Mais y a-t-il lieu de croire que le législateur, en indiquant les modes de vérification les plus usités dans les débats, ait entendu que la décision se réglerait uniquement d'après ces modes? Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de Turin du 28 avril 1810 a annulé une condamnation correctionnelle, parce qu'elle n'était fondée que sur un aveu. Mais il ne faut voir dans cet arrêt qu'une réminiscence de l'ancienne doctrine [2] qui, tendant à réprimer l'abus des moyens déplorables employés autrefois pour arracher une confession à l'accusé, refusait de voir dans l'aveu isolé une preuve suf-

[1] On peut encore consulter M. Mittermaier (chap. XXXIII et XXXIV) sur les conditions de l'aveu au fond et en la forme.

[2] Cette doctrine prévaut toujours en Allemagne, et elle est encore consacrée par le Code de procédure pénale d'Autriche de 1853, § 265.

fisante. Si rien n'oblige les juges à se contenter de l'aveu, lorsque la culpabilité ne leur paraît point d'ailleurs suffisamment établie (Rej., 15 décembre 1814), il n'est pas permis de repousser l'aveu, en se fondant uniquement sur le vieil adage : *Nemo auditur perire volens*, et c'est ce qu'a jugé la Cour suprême bien des fois, et même par des arrêts de cassation. (Rej., 23 septembre 1837; Cass., 4 septembre 1847 et 29 juin 1848.) « La violation d'une maxime de ju-« risprudence », dit l'arrêt de 1837, « ne peut constituer « un moyen de cassation qu'autant que cette maxime serait « revêtue du caractère législatif, et aucune loi ne défend « aux juges correctionnels du premier ou deuxième ressort « de faire entrer dans leurs éléments de conviction l'aveu « du prévenu, et ne leur impose à cet égard des règles diffé-« rentes de celles qui existent pour les jurés. » La Cour régulatrice a également repoussé (Cass., 20 juin 1848) la doctrine qui exigeait une constatation préalable du corps du délit. (Voy. n° 109.) Cette décision peut s'appuyer d'ailleurs sur l'article 190 du Code d'instruction, qui prescrit expressément l'interrogatoire du prévenu en police correctionnelle. Il y aurait un défaut d'harmonie choquant dans une législation qui serait plus difficile pour la preuve des délits que pour celle des crimes ou des contraventions.

366. Une question plus délicate est celle de savoir si, dans un procès d'adultère, l'aveu du complice de la femme peut motiver suffisamment une condamnation contre lui. L'article 338 du Code pénal n'admet d'autres preuves contre ce complice que le flagrant délit, ou des pièces écrites dont il serait l'auteur. On a invoqué un arrêt de la Cour de Paris, du 18 mars 1829, pour soutenir que, par application de cet article, les juges ne sont pas autorisés à condamner le complice sur son aveu. Mais il ne s'agit dans cet arrêt que d'une déclaration devant le juge d'instruction, laquelle

n'avait été, suivant la Cour, *ni libre, ni spontanée*. Quant au véritable aveu judiciaire, voyons quel a été le but de la restriction établie par le Code pénal. Écoutons l'orateur du Corps législatif : « Il importait de fixer la nature des preuves « qui pourront être admises pour établir une complicité que « la malignité se plaît trop souvent à chercher dans des in- « dices frivoles, des conjectures hasardées, ou des rappro- « chements fortuits [1]. Après les preuves du flagrant délit, « de toutes les moins équivoques, les tribunaux ne pour- « ront admettre que celles qui résulteraient des lettres ou « autres pièces écrites par le prévenu ; c'est dans ces lettres, « en effet, que le séducteur dévoile sa passion, et laisse « échapper son secret. » Mais y a-t-il indice frivole, conjecture hasardée, rapprochement fortuit dans une confession bien précise, articulée en justice? En permettant de s'emparer de la correspondance du prévenu, pour s'en faire une arme contre lui, le Code pénal autorise la recherche d'un aveu tacite, qui pourrait être équivoque ; car on a vu des amitiés exaltées emprunter le langage de la passion. Comment aurait-il en même temps refusé toute foi à l'aveu exprès, donnant ainsi plus de force aux inductions puisées dans une déclaration extrajudiciaire, qu'à la démonstration que fournit la confession judiciaire? Au lieu de prêter au législateur une pareille contradiction, n'est-il pas plus simple de s'attacher à l'intention qu'il a manifestement annoncée, de protéger le prévenu contre la malignité publique? Ne doit-on pas dès lors réserver l'exclusion de l'article 338 aux modes de preuve autres que la déclaration du prévenu lui-même, qui ne peut sérieusement se plaindre d'être condamné arbitrairement, quand il ne l'est que sur son propre

[1] Il serait trop dangereux d'appliquer ici le vieil adage : *Quando scholaris loquitur cum puella, non præsumitur dicere Pater noster.* (Mascardus, concl. 1062, n° 23.)

aveu[1] ? Aussi la même Cour de Paris, dans un arrêt plus récent (du 13 mars 1847), a-t-elle considéré comme rentrant dans les preuves écrites autorisées par la loi l'interrogatoire, même subi devant le juge d'instruction; et la même doctrine a été consacrée par un arrêt de rejet du 13 décembre 1851. (Dans le même sens, Rouen, 2 juin 1853; Amiens, 13 novembre 1858.) A plus forte raison n'y a-t-il point de doute en ce qui concerne l'aveu fait à l'audience.

L'aveu du mari ou de la femme poursuivie pour adultère est admissible dans les termes du droit commun. (Rej., 6 mai 1853.) Mais s'il s'agissait de la preuve de l'adultère au civil pour arriver à la séparation de corps, le simple aveu ne saurait faire preuve à lui seul, puisque ce serait un moyen facile d'arriver à une séparation volontaire; il pourrait cependant être pris en considération, s'il venait se joindre à d'autres preuves, et que rien n'indiquât la collusion. (Rej., 6 juin 1853.)

367. L'aveu peut-il être rétracté en matière criminelle? La règle qui interdit cette rétractation en matière civile, à moins qu'il ne soit justifié d'une erreur de fait (C. civ., art. 1356), tient à ce que l'aveu en cette matière constitue pour la partie adverse un droit acquis. Rien de pareil dans la procédure pénale. Le juge d'instruction qui a obtenu un aveu n'en procède pas moins à la recherche de la vérité, et rien ne l'empêche d'accueillir plus tard la rétractation, si elle lui paraît sincère et en harmonie avec les documents de l'instruction. (Rennes, 17 févr. 1864.) Il faut donc dé-

[1] Un excès contraire à celui dans lequel tombent ceux qui ne considèrent l'aveu que comme une preuve imparfaite, c'est l'opinion qui l'estime nécessaire pour qu'une condamnation capitale puisse être prononcée. Spon (*Histoire de Genève*, année 1502) parle d'un fameux voleur, « qui toujours échappa, parce qu'on ne condamnait personne, s'il n'avouait lui-même, et qu'il résistait à toutes les tortures. » Il est peu à craindre que ce système soit remis en honneur de nos jours.

cider, avec l'ancien Code bavarois (§ 273), que, « s'il paraît « hautement probable qu'au moment de l'aveu l'inculpé n'a « pu ni voulu dire la vérité, la rétractation doit être admise. » (Voy. M. Mittermaier, *ibid.*, chap. XXXVII.)

368. En ce qui touche l'indivisibilité de l'aveu, le motif principal sur lequel elle est fondée en matière civile n'existe plus ici. On ne peut pas dire qu'il faille s'en rapporter entièrement à la bonne foi de celui contre qui on ne s'est pas procuré d'autres preuves, puisqu'il est clair qu'il n'a pas ordinairement dépendu du ministère public de constater l'infraction par un acte en bonne forme. Nulle obligation dès lors d'accepter dans son entier l'aveu que les interprètes appellent *aveu qualifié*, c'est-à-dire dans lequel l'accusé modifie sa déclaration par l'addition de circonstances qui font disparaître, ou du moins qui atténuent sa culpabilité. Un arrêt de rejet du 23 juin 1837 reconnaît, en conséquence, au juge un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la vraisemblance des circonstances ainsi ajoutées à l'aveu [1]. Mais le principe de l'indivisibilité de l'aveu reprend toute sa force lorsque l'existence du contrat civil que présuppose le délit, notamment du mandat en ce qui touche l'abus de confiance, ne repose que sur un aveu, et que le prévenu, en avouant le mandat, déclare en même temps s'être acquitté envers le mandant. Il faut alors appliquer, par identité de motifs, ainsi que l'a fait un arrêt de rejet du 28 juillet 1854, l'article 1924 du Code civil.

Dans tous les cas, pour que la confession du fait principal soit acquise au ministère public, il faut que ce fait se détache bien des accessoires sur lesquels porte la contro-

[1] Ce principe de raison est également admis dans la doctrine anglaise : *The jury may believe that point which charges the prisoner, and reject that which is in his favor, if they see sufficient grounds for so doing.* (M. Greenleaf, *ibid.*, p. 285.)

verse. Ainsi, celui qui reconnaît avoir commis un meurtre, et qui ajoute qu'il ne l'a commis que dans un cas de nécessité, peut être condamné comme meurtrier, si cette nécessité n'est pas justifiée. Il en serait autrement si la restriction portait sur les circonstances constitutives du délit, ou sur les circonstances aggravantes. Ainsi, on ne pourrait condamner pour viol sur son aveu celui qui n'avouerait que des actes préparatoires, tels que des attouchements déshonnêtes; pour meurtre, celui qui avouerait seulement avoir blessé, etc. L'aveu ainsi qualifié n'est qu'un aveu partiel, que l'accusation est obligée de compléter, en faisant la preuve des circonstances qui n'y sont pas comprises; car, s'il peut être permis de les diviser, il est toujours impossible d'y rien ajouter. (Voy. sur ce point les judicieuses observations de M. Mittermaier, *ibid.*, chap. XXXVI.)

369. Quant à la spontanéité de l'aveu, elle se rattache précisément à la question de forme, à la procédure, que nous allons aborder maintenant.

PREMIÈRE SECTION.

PROVOCATION DE L'AVEU.

SOMMAIRE. — 370. Divers modes de provocation de l'aveu, au civil et au criminel.

370. L'aveu a une si haute importance, qu'on ne doit pas attendre qu'il se produise de lui-même, ce qui sera toujours assez rare, mais bien chercher à l'amener, en interrogeant la partie. Rien de plus légitime que cet interrogatoire. Dans le type le plus simple de l'administration de la justice, dans la procédure domestique, n'est-ce pas au moyen de questions adressées aux personnes à qui tel ou tel fait est imputé, qu'on arrive souvent à la découverte de la vérité? En matière civile, deux voies peuvent être employées pour provoquer

l'aveu : l'une secrète et embarrassée de prescriptions plus nuisibles qu'utiles, *l'interrogatoire sur faits et articles;* l'autre publique et dégagée de formes arbitraires, *la comparution des parties.* Au criminel, l'interrogatoire n'est pas tantôt secret, tantôt public, au choix du juge. Les deux modes sont employés successivement dans les diverses phases de l'instruction, ainsi que nous avons vu qu'on le faisait pour l'audition des témoins.

PREMIÈRE DIVISION.

PROVOCATION DE L'AVEU EN MATIÈRE CIVILE.

SOMMAIRE. — 371. Historique de l'interrogatoire sur faits et articles. — 372. Introduction de la comparution personnelle.

371. A Athènes, il était d'usage que les plaideurs, au commencement du litige, s'adressassent, soit extrajudiciairement, soit devant un arbitre [1], des propositions tendant à simplifier le procès et à en accélérer la solution. Elles avaient lieu en présence de témoins, et elles étaient dirigées par écrit, afin que l'auteur de la proposition pût tirer des inductions favorables au soutien de sa cause, soit de la réponse de l'adversaire, soit de son refus de répondre. Chacune des parties pouvait également interpeller l'autre devant le magistrat chargé de la délivrance de l'action. (Voy. M. Cauvet, *Organisation judiciaire chez les Athéniens*, Revue de législation, t. XX, p. 296 et 297.) A Rome, les plaideurs étaient interrogés publiquement en présence l'un de l'autre, soit que l'interrogation eût lieu *in jure*, devant le magistrat, pour éclaircir à l'avance le point litigieux, soit qu'elle eût lieu *in judicio*, devant le juge qui était spécialement chargé de recueillir la preuve des faits. La provoca-

[1] On voit que l'idée du préliminaire de conciliation est bien ancienne. La loi des Douze Tables conseillait l'accommodement, mais n'organisait pas d'institution tendant à l'effectuer.

tion de l'aveu n'était pas alors un incident, mais ressortait de la marche même de l'instance. Les parties, se trouvant toutes deux vis-à-vis du juge, étaient appelées naturellement à donner des renseignements sur les circonstances qu'il s'agissait de vérifier. Il en était de même autrefois chez nous. Les procureurs n'étaient que des mandataires volontairement choisis par les parties, et même, dans l'origine, il fallait obtenir du roi, moyennant six sous parisis, la faculté de plaider par procureur; d'où l'ancienne maxime : *Nul, excepté le roi, ne plaide par procureur*, maxime qui n'est plus qu'un non-sens dans notre système judiciaire. (Voy. nos *Éléments d'organisation judiciaire*, n° 299, et *de procédure civile*, n° 92.) En 1528, François Ier permit à toute personne de plaider par procureur *sans lettres de grâce*[1]. A mesure que la procédure avait revêtu un caractère plus technique, les actes écrits s'étaient substitués aux éclaircissements oraux; la comparution des parties était devenue exceptionnelle, et lorsque l'ordonnance de 1620, en instituant des procureurs à titre d'office dans la plupart des juridictions, rendit leur ministère obligatoire, elle ne fit que sanctionner ce qui avait lieu dans la pratique. Toutefois, nos plus anciennes ordonnances, pour suppléer en quelque sorte à la présence des plaideurs, voulaient que leur foi fût engagée dans le litige. Enchérissant sur le serment *de calumnia* imposé par Justinien (L. 2, Cod., *De jurej. propt. calumn.*) au demandeur et au défendeur, et maintenu par le droit canonique, une ordonnance rendue par Louis XII en 1499 était ainsi conçue (art. 16) : « *Item* ordonnons qu'après que le demandeur aura « posé et affirmé par serment aux saints Évangiles qu'il croit

[1] En Angleterre, il a été permis, dès l'époque d'Édouard Ier, de plaider par procureur, sans lettres patentes du roi. Mais le ministère des hommes de loi n'a jamais été obligatoire; il est vrai que la complication de la procédure anglaise ne permet guère de se priver de leur secours.

« le contenu en sa demande et écritures être véritable, tant « en nos Cours de parlement que par-devant nos juges « royaux, le défendeur sera tenu de répondre par *credit, vel* « *non credit*, pertinemment, par son serment aux Évangiles, « à chacun article des écritures du demandeur. » Nous voyons même, par un arrêt du parlement de Paris du 10 mai 1535, qui condamna cet abus, qu'on s'était arrogé le droit de consigner le plaideur et de le garder à vue dans sa maison, jusqu'à ce qu'il eût fait ses réponses et ses serments. Cette intervention indirecte, imposée aux parties, n'éclaircissait rien, et n'était qu'une source de frais et de vexations[1]. Aussi, sous François Ier, l'ordonnance de 1539 (art. 27) abrogea-t-elle les réponses de *credit, vel non credit*[2], pour y substituer l'interrogatoire sur faits et articles, purement facultatif. L'ordonnance de 1667 dégagea à son tour l'interrogatoire de deux entraves établies en 1539 : de la nécessité de répondre par oui ou par non, vestige de l'ordonnance de 1499, qui coupait court à tout éclaircissement utile ; et de l'amende de vingt livres pour chaque fait mensonger, amende dont l'application donnait lieu à une nouvelle procédure, portant sur la sincérité des réponses. Enfin le Code de procédure, en laissant substituer dans l'interrogatoire des vices graves, déjà signalés lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667, a du moins supprimé le serment, qui paralysait la faculté de se défendre librement, en met-

[1] Nous voyons cependant dans le procès de Jeanne d'Arc (M. Wallon, *Jeanne d'Arc*, tom. II, p. 102) le promoteur presser les juges de fixer un terme au delà duquel tout article auquel l'accusée n'aurait pas répondu, *serait tenu pour avoué*. Ainsi, ce mode de procédure avait envahi l'instruction criminelle.

[2] Ces expressions, ainsi que celle de *pareatis*, qui est encore mentionnée dans l'article 475 du Code de procédure, appartiennent à l'ancien style judiciaire où l'on employait la langue latine. Ce fut la même ordonnance de 1539 qui prescrivit de rédiger les procédures civiles en *langage maternel français* : changement déjà introduit par Charles VIII en 1490 pour les procédures criminelles.

tant l'interrogé dans la nécessité de trahir ses intérêts ou bien de commettre un parjure.

On retrouve quelque chose de tout à fait semblable à notre ancien interrogatoire sous serment dans la procédure des cours d'équité d'Angleterre, où chaque partie a le droit de faire interroger l'autre avec prestation de serment : « Moyen, dit Blackstone (liv. III, chap. XXVII), d'arriver à « la découverte de la vérité, qui a fait acquérir aux cours « d'équité une juridiction sur presque toutes les matières « de fraude. »

372. L'autre mode de provocation de l'aveu, la comparution des parties, bien plus simple, n'a été adopté que beaucoup plus récemment. Il n'était usité d'abord que devant les juridictions consulaires. Mais, *Dieu ayant béni la simplicité des juges-consuls*, suivant les expressions de Pussort lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667, peu à peu la pratique introduisit devant les juges civils la même comparution, appelée quelquefois *comparution personnelle*, par opposition à la comparution fictive qui a lieu par l'intermédiaire de l'avoué. Le Code de procédure autorise expressément cette comparution, dont nous ne parlerons qu'en second lieu, pour nous conformer à la marche historique de la législation.

I. INTERROGATOIRE SUR FAITS ET ARTICLES.

SOMMAIRE. — 373. Sur quels points il peut porter. — 374. Quelles personnes on peut interroger. — 375. Interrogation pour autrui. — 376. Marche de l'interrogatoire. — 377. Jugement qui l'autorise. — 378. Communication des faits. — 379. Absence du contrôle de la partie adverse. — 380. Amélioration, en deux points, du système de 1667. — 381. Vices de cette procédure.

373. Les parties peuvent, aux termes de l'article 324 du Code de procédure, en toutes matières et en tout état de cause, se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents. La loi dit *en toutes matières*, et par conséquent

même en celles où l'aveu ne suffit pas, par exemple, dans les questions de séparation de corps (n° 366); l'interrogatoire offre toujours des renseignements précieux pour éclairer et pour compléter les témoignages. Aussi est-il formellement autorisé, en matière administrative, par l'article 14 du décret du 22 juillet 1806. Il est bien entendu que l'interrogatoire est prohibé lorsqu'il tendrait à une recherche prohibée elle-même par la loi, par exemple, à celle d'une filiation incestueuse ou adultérine. Les faits et articles doivent être *pertinents* : ce qui est de droit, sans doute, en toute matière, mais ce qu'il était bon de rappeler ici, afin d'écarter bien positivement les questions indiscrètes que le demandeur voudrait faire poser; ce qu'exprime surabondamment l'article, lorsqu'il ajoute : *concernant seulement la matière dont est question.* Cette prescription est d'ailleurs comprise dans le principe général (n° 61) qui veut que les faits dont on demande à faire la preuve soient concluants : le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si les questions proposées ont une portée sérieuse. (Rej., 12 décembre 1827.)

On tenait autrefois que l'interrogatoire ne pouvait être ordonné à l'occasion de faits qui seraient de nature à exposer celui qui les reconnaîtrait à des peines criminelles, ou même au déshonneur. Mais le serment, qui était alors en usage, et qui mettait la partie interrogée dans l'alternative ou de commettre un parjure, ou de s'accuser elle-même, pouvait justifier cette restriction : *Non cogendum quemquam jurare super positione turpi vel famosa,* porte un arrêt du sénat de Chambéry du 25 juin 1612[1]. Aujourd'hui ce motif n'existe plus. Dégagé de la contrainte morale du serment, le défendeur est parfaitement libre de faire des réponses évasives,

[1] Dans la jurisprudence anglaise, où la provocation de l'aveu est vue de mauvais œil, le défendeur peut refuser de répondre sur des points qui tendraient à l'incriminer. (M. Greenleaf, tom. I, p. 588, not. 4.)

quant aux points qui pourraient le compromettre; mais il ne peut empêcher que les questions ne lui soient posées. Plusieurs Cours avaient demandé qu'il fût formellement exprimé que les faits ne seraient *ni calomnieux, ni captieux, ni préjudiciables aux parties, et ne pourraient tendre à découvrir leurs turpitudes*. Mais ces observations, souvenir d'un ordre de choses effacé, n'exercèrent aucune influence sur la décision du Conseil d'État, qui n'inscrivit rien de semblable dans la loi. Un arrêt de la Cour de Liége du 5 avril 1811 a permis d'interroger une partie sur des faits tendant à l'inculper d'usure.

374. Quant aux personnes qui peuvent être interrogées, il est bien évident qu'on ne peut interroger que les parties. L'interrogatoire dirigé contre des tiers dégénérerait en enquête et devrait être soumis à d'autres formes. (Rej., 25 novembre 1861.) Mais peut-on faire interroger une personne qui serait intéressée dans la cause, sans y être directement partie? Cette question, qui s'agite surtout par rapport à la femme mariée, et sur laquelle la jurisprudence est partagée, nous semble ne pouvoir être résolue qu'au moyen d'une distinction. Si l'affaire concerne au fond la femme seule, par exemple, s'il s'agit d'actions mobilières à elle appartenant dont le mari a l'exercice, on doit évidemment pouvoir l'interroger; car il serait par trop singulier qu'on ne pût demander des éclaircissements à la véritable intéressée. Il y a plus de doute si l'affaire concerne la communauté; cette communauté, dit-on, est un être moral, qui a pour chef le mari, lequel a seul qualité pour ester en justice; la femme a bien un intérêt éventuel à la communauté, pour le cas où elle l'accepterait; mais elle est étrangère à tout ce qui regarde l'administration actuelle. (Caen, 10 avril 1823; Metz, 16 juin 1827.) Rebuffe (*Tract. de resp.*, art. 4) veut qu'on puisse toujours s'adresser à la femme, « quia poterit

« uxor citius veritatem dicere quam ejus maritus, qui forte « est procurator vel advocatus antiquus, qui non solent « laqueis capi, sicut nec annosa vulpes. » Ce motif prouve trop; car il autoriserait à interroger la femme dans toutes les affaires qui concernent son mari : ce qui est inadmissible, là où la femme n'est point virtuellement partie dans la cause, ainsi que l'a jugé la Cour d'Orléans, le 10 juillet 1812, en matière de quasi-délit imputé au mari. Mais on ne saurait nier qu'il n'y ait souvent dans la gestion de la communauté des faits auxquels la femme n'est point étrangère, et pour lesquels il peut être fort utile de l'interroger[1]. Or, elle ne saurait être entendue comme témoin, puisqu'elle est intéressée dans la cause : dès lors, ou bien il faut renoncer à obtenir d'elle aucun renseignement, ou bien il faut autoriser son interrogation. Les considérations qui avaient fait admettre la faculté d'interroger la femme commune ont conservé toute leur force dans le droit actuel. (Même arr. d'Orléans; Bruxelles, 11 octobre 1808; Poitiers, 13 février 1827.) Si la Cour de Paris (arr. du 21 juillet 1860) a refusé d'autoriser l'interrogatoire de la femme, c'est que l'affaire ne l'intéressait qu'indirectement : il s'agissait de la dissimulation prétendue d'un supplément de prix d'office, que l'on affirmait avoir été payé à son mari.

On se demande également si le tuteur peut être interrogé sur des faits relatifs au patrimoine de son pupille. Il peut l'être pour le mobilier, à l'égard duquel il lui est loisible d'intenter toute espèce d'actions, mais non pour les immeubles, à moins qu'il ne s'agisse de simples faits d'administration, car il ne peut aliéner à lui seul les immeubles, ni di-

[1] *The admissions of the wife*, dit M. Greenleaf (tom. I, p. 246), *will bind the husband, where she has autority to make them.* Mais, de droit commun, l'aveu de l'un des époux ne nuit point à l'autre suivant la loi anglaise. (Blackstone, *édit. Chompré*, tom. II, p. 217 et la note.)

rectement ni indirectement. Quant au mineur lui-même, comme il est complétement incapable, à moins qu'il ne soit émancipé, et dans la limite des pouvoirs que lui confère l'émancipation, ses réponses ne sauraient lui préjudicier, et dès lors tout interrogatoire est superflu, à moins qu'il ne s'agisse de délits ou de quasi-délits. (C. civ., art. 1310.)

375. Le seul cas d'interrogatoire pour autrui prévu par le Code de procédure, c'est celui où il s'agit d'établissements publics. Ces établissements doivent déléguer un administrateur[1], auquel ils donnent un pouvoir spécial, dans lequel les réponses sont expliquées et affirmées véritables. (C. de proc., art. 336.) Mais il est évident qu'un pareil interrogatoire est dérisoire, puisque les réponses sont toutes tracées à l'avance, et l'on arriverait au but d'une manière plus simple, en se bornant à une signification d'écritures. Il est vrai que l'on peut aussi (même art. 336) interroger l'administrateur sur les faits qui lui sont personnels. Il paraît même qu'avant l'ordonnance de 1667, cette faculté dégénérait en abus, les aveux d'un agent imprudent ou corrompu pouvant compromettre l'établissement qui l'avait délégué. Aussi le président Lamoignon fit-il observer que, dans les communautés religieuses, on chargeait ordinairement de la procuration le plus jeune des chanoines ou des religieux, qui n'avait aucune connaissance des affaires. Pour obvier à cet inconvénient, on inséra dans la rédaction de l'ordonnance, à la demande du président, la restriction qui se retrouve au Code de procédure (*ibid.*), *pour y avoir, par le tribunal, tel égard que de raison.* Aujourd'hui on tient généralement que, l'interrogatoire proprement dit n'ayant d'effet qu'en ce qui touche personnellement l'administrateur, la corporation ne

[1] Un avoué, celui de l'administration des hospices, par exemple, ne serait point un *administrateur ou agent*, dans le sens de la loi. (Toulouse, 17 juin 1838.)

peut être liée que par les réponses écrites émanées d'elle, et n'est point dès lors soumise à un véritable interrogatoire.

376. Après avoir vu sur quels points peut porter l'interrogatoire, et quelles personnes peuvent être interrogées, voyons quelle est la marche tracée par la loi en cette matière.

377. On a toujours pensé qu'à la différence de ce qui se pratique pour l'enquête, un débat préalable ne doit pas avoir lieu ici relativement à l'admissibilité des faits. Autrement, il ne serait plus vrai de dire que l'interrogatoire a lieu *sans retard de l'instruction ni du jugement* (*ibid.*, art. 324): les faits une fois signalés à l'avance, il ne serait plus loisible au demandeur de ne laisser à la partie adverse que vingt-quatre heures pour préparer ses réponses (*ibid.*, art. 329), et ce délai déjà trop long, ainsi que nous allons le voir, se trouverait indéfiniment prolongé. Aussi se contentait-on autrefois d'une simple ordonnance du président, qui appréciait le caractère des faits et nommait un juge-commissaire. Suivant la loi actuelle (*ibid.*, art. 325), l'interrogatoire est ordonné, toujours sur requête, mais par jugement rendu à l'audience. Cette innovation a induit en erreur certaines Cours, qui ont cru que le législateur avait voulu prescrire un véritable jugement interlocutoire, comme en matière d'enquête. Elles ont, en conséquence, autorisé le défendeur à plaider sur l'admission de la requête, et à attaquer les décisions rendues à l'audience par la voie de l'opposition ou de l'appel. (Voy. notamment Toulouse, 5 mai 1829; Angers, 14 février 1835; Caen, 11 mai 1852.) Mais cette opinion, peu conforme à l'ensemble du Code de procédure, est de plus contredite formellement par l'article 79 du tarif, qui s'exprime ainsi sur la requête pour avoir permission de faire interroger sur faits et articles: « Cette requête ne sera point signifiée ni la partie appelée

« avant le jugement qui admettra ou rejettera la demande « à fin de faire interroger : elle ne sera notifiée qu'avec le « jugement et l'ordonnance du juge-commissaire pour faire « subir l'interrogatoire. » Le mérite de la requête ne doit donc pas être débattu contradictoirement, et il faut reconnaître, avec d'autres arrêts (Cass., 9 février 1857; Toulouse, 23 janvier 1853), qu'il s'agit là d'un jugement *sui generis*, que le législateur lui-même qualifie d'*ordonnance* (C. de proc., art. 329), et qui correspond effectivement à l'ordonnance qu'on obtenait jadis du président, sauf la substitution du tribunal tout entier à ce magistrat. Il ne peut donc y avoir ni débat contradictoire, ni opposition, ni appel. Seulement, la partie qui alléguerait que les faits ne sont pas pertinents, pourrait, à ses risques et périls, refuser de répondre, on reviendrait devant le tribunal, et l'incident serait jugé avec le fond, sauf à attaquer le tout par les voies de recours légales. Ces voies de recours seraient même admissibles contre le jugement qui ordonne l'interrogatoire, si, contrairement à la marche normale, il avait été rendu sur débat contradictoire, parce qu'alors le secret qu'avait voulu la loi n'existerait plus. (Bastia, 5 avril 1854; voy. aussi Caen, 26 juillet 1865.)

En matière sommaire, l'interrogatoire doit être demandé à l'audience, mais toujours sans discussion.

378. Le juge-commissaire fixe les jour et heure de l'interrogatoire. En cas d'empêchement légitime, il se transporte au lieu où la partie est retenue. (*Ibid.*, art. 327 et 328.) On signifie au défendeur, vingt-quatre heures au moins avant l'interrogatoire, la requête à fin de l'obtenir, l'ordonnance du tribunal qui l'autorise, et celle du juge-commissaire qui en règle l'ouverture. La requête comprend nécessairement les faits sur lesquels la partie doit être interrogée : communication vivement critiquée dès 1667 par le

président Lamoignon, qui allégua l'usage de Normandie, contraire sur ce point à l'usage général. « D'ordinaire », dit-il, « ceux qui sont interrogés consultent bien moins leur « conscience que le palais, sur ce qu'ils ont à dire; ils ap- « portent leurs réponses toutes faites; de sorte que l'effet « de leur interrogatoire n'est que de transcrire des réponses, « que la partie a déjà elle-même rédigées par écrit[1]. L'on « n'a point vu qu'un homme préparé sur ce qu'il doit ré- « pondre ait jamais perdu son procès par sa bouche. C'est « bien souvent l'occasion d'un parjure prémédité, qu'il « serait beaucoup meilleur de retrancher! Mais, au con- « traire, lorsqu'une partie vient prêter l'interrogatoire sans « avoir eu communication des faits, il est difficile, quand « ils sont bien dressés, qu'elle ne tombe dans quelque con- « tradiction, lorsqu'elle veut déguiser la vérité. » La proposition du président n'ayant pas été admise, il réussit du moins à faire insérer dans l'ordonnance une disposition additionnelle, qui se trouve aujourd'hui dans l'article 333 du Code de procédure, et par laquelle le juge est autorisé à interroger d'office sur des faits non communiqués. Il est facile ainsi d'éluder la nécessité d'une communication préalable. Le demandeur n'insère dans la requête que des faits insignifiants, et fournit au juge-commissaire des notes à l'aide desquelles le juge pose d'office les questions les plus importantes. Mais, il faut en convenir, cette marche manque de franchise[2], et a de plus l'inconvénient de laisser trop de latitude au juge, qui peut fort bien, par scrupule ou autre-

[1] Le président suppose que la partie a appris par cœur les réponses qu'elle devait faire; car déjà sous l'ordonnance (titre X, art. 6), comme sous le Code de procédure (art. 333), il était défendu de lire aucun projet écrit.

[2] Elle répugnait à la nature simple et loyale de Pothier, qui trouvait que cela n'était pas *dans la règle* (Proc. civ., part. I, chap. III, art. 5, § 2); elle est également réprouvée par M. Lavielle. (*Revue crit.*, tom. XII, p. 334)

ment, se refuser à interroger ainsi à l'improviste sur les points les plus graves. Mieux vaudrait supprimer cette fâcheuse prescription, au lieu de chercher ainsi à l'atténuer indirectement. Ce qui rend le système du Code de procédure plus vicieux encore, c'est que la faculté de ne communiquer les faits que vingt-quatre heures à l'avance est rendue illusoire par l'article 331, qui permet au défaillant de se présenter ultérieurement, pourvu que ce soit avant le jugement définitif, à charge seulement de payer les frais occasionnés par son défaut. Ainsi, il est toujours facile de se ménager un temps considérable pour préparer ses réponses, et la loi se plaît pour ainsi dire à détruire elle-même le peu de garanties que cette procédure pouvait assurer au demandeur.

379. Un point non moins digne de critique, c'est la manière dont on procède à l'interrogatoire. Il est secret, et tous les reproches que l'on adresse à la clandestinité de l'audition des témoins au civil ne sont pas moins fondés en ce qui touche la partie, que l'absence de publicité ne peut également qu'encourager à mentir avec plus de hardiesse. Bien plus, par inadvertance peut-être plutôt qu'à dessein, on n'a pas reproduit, au titre de l'interrogatoire sur faits et articles, la sage concession qui avait été faite en matière d'enquête, l'assistance de la partie intéressée. L'article 333, en n'admettant pas la présence de celui qui a requis l'interrogatoire, a suivi une jurisprudence vicieuse, constante à Paris, mais repoussée dans d'autres ressorts (Merlin, *Rép.*, v° INTERROGATOIRE SUR FAITS ET ARTICLES, § 12), et que Dumoulin, lors d'un procès où il était personnellement intéressé et où il avait vainement demandé à assister aux réponses de son adversaire, *quia non tam facile negaret*, a flétrie par ce mot célèbre : *et in hoc curia pessime judicavit*. Le Conseil d'État, lorsqu'il a élaboré les matériaux du Code

de procédure, a été trop souvent sous l'influence du préjugé vulgaire qui regarde la procédure comme une affaire de pure pratique; il a trop négligé les lumières que pouvaient lui fournir l'ancienne doctrine ou même la simple raison, pour s'abandonner à une routine aveugle. Pourquoi donc la confrontation des parties en cause serait-elle moins utile au civil qu'au criminel?

380. Les réformes introduites dans cette procédure se bornent à deux points : la dispense du serment, que nous avons déjà signalée, et la disposition de l'article 323, suivant laquelle, si l'assigné ne comparaît pas ou refuse de répondre, les faits *pourront être tenus pour avérés*. D'après l'ordonnance de 1667, les faits étaient nécessairement tenus pour avérés. Le président Lamoignon avait vivement critiqué cette rigueur, qui, dans certaines circonstances, dégénérait en injustice. Sur ce second point, comme en ce qui touche le serment, les rédacteurs du titre de l'interrogatoire ont eu égard aux observations de cet illustre magistrat, auquel aucun des vices de l'ancienne pratique ne semble avoir échappé. S'ils avaient également tenu compte de ses sages réflexions sur d'autres points, ils auraient établi un bien meilleur système.

381. Les vices de la marche consacrée par ce titre du Code de procédure ont été énergiquement signalés dans le rapport de M. Bellot sur la loi de procédure de Genève: « Si jamais », dit-il, « un législateur se propose le problème « du mode le plus sûr de ne point atteindre la vérité, le « Code de procédure français lui en fournira la solution au « titre de l'interrogatoire sur faits et articles. Pour éviter à « la partie l'ennui de la publicité, l'embarras d'un contra- « dicteur, pour affaiblir les conséquences de ses tergiversa- « tions et la honte du mensonge, pour lui fournir les moyens « de méditer à tête reposée, de calculer ses réponses, ce

« Code exige qu'elle soit interrogée en secret, par un seul « juge, hors de la présence de son adversaire, et que les « faits sur lesquels l'interrogatoire a été requis lui soient « communiqués vingt-quatre heures d'avance. Faut-il s'éton- « ner qu'avec d'aussi absurdes mesures, nos avocats et nos « juges n'aient jamais obtenu aucun résultat de pareils in- « terrogatoires? » Il y a de l'exagération dans ces reproches, fondés au fond. Je ne sais si, à Genève, les interrogatoires n'ont jamais été utiles; mais il est certain qu'en France, dans la jurisprudence ancienne et moderne, ils ont amené souvent d'importantes révélations. Ces effets se sont produits, il est vrai, souvent non par la marche adoptée, mais malgré cette marche. Il faut pourtant reconnaître qu'il y a des circonstances où l'interrogatoire peut avoir d'utiles résultats, puisqu'il est quelquefois ordonné même en matière commerciale. (Rouen, 18 mai 1828; Nîmes, 4 mai 1829.)

A Genève, l'interrogatoire non public n'est autorisé qu'au cas d'empêchement légitime de la partie que l'on doit interroger; mais alors il a lieu en présence de l'adversaire, et sans communication préalable des faits. Il est toutefois loisible au juge de ne point admettre l'assistance de la partie adverse, s'il craint que cette assistance ne nuise à la manifestation de la vérité. Il serait presque aussi déraisonnable de toujours exiger sa présence que de l'écarter d'une manière absolue. Avec ces modifications, l'interrogatoire doit être admis comme mode spécial: Dans les cas ordinaires, on doit préférer la comparution personnelle [1], dont il nous reste à parler [2].

[1] Ajoutons, avec M. Lavielle (*loc. cit.*, p. 337), en faveur de la comparution, les frais considérables de l'interrogatoire : requête, jugement, ordonnance du juge-commissaire, signification du tout avec assignation, procès-verbal du juge, signification du procès-verbal, etc.

[2] Le Code de procédure italien, qui admet d'ailleurs la présence du demandeur à l'interrogatoire, a encore le tort de n'autoriser que comme subsidiaire la comparution à l'audience. (Art. 211.)

II. COMPARUTION DES PARTIES.

SOMMAIRE. — 382. Utilité de cette mesure. — 383. Point de procès-verbal. — 384. Conséquences du défaut de comparution.

382. Moins rigoureuse ici que pour l'administration de la preuve testimoniale, où la publicité est entièrement exclue en matière ordinaire, la loi permet aux juges, qui veulent recueillir la vérité de la bouche des parties elles-mêmes, d'ordonner leur comparution à l'audience. Des magistrats éclairés prendront toujours ce parti toutes les fois qu'il s'agira d'une de ces simples questions de fait sur lesquelles les explications orales et contradictoires des intéressés jettent plus de jour que toutes les productions de pièces et que tous les plaidoyers. Les cas où la comparution peut être ordonnée sont les mêmes que ceux où l'interrogatoire peut l'être. Aussi la Cour de cassation a-t-elle pensé (Rej., 11 janvier 1815) qu'il est toujours loisible au juge, lorsqu'on lui demande un interrogatoire, de prescrire de préférence la comparution. Et la Cour de Rennes, dans un arrêt du 15 août 1828, mal à propos critiqué par Carré, a déclaré la comparution admissible là où la preuve testimoniale ne saurait l'être. L'opinion contraire tendrait à confondre avec l'enquête les éclaircissements personnels donnés par les parties. Et ce serait également confondre la comparution avec l'enquête, que d'appeler à l'audience une personne étrangère à la cause. (Rej., 25 novembre 1861.)

383. Aucune forme n'est tracée pour la constatation des dires des comparants. La loi ne prescrivant pas la rédaction d'un procès-verbal spécial, ce procès-verbal ne passerait pas en taxe, et en conséquence on n'en dresse pas dans la pratique[1]. Il faudra donc, dans la rédaction même du juge-

[1] La comparution des parties s'est glissée en quelque sorte dans la rédaction du Code de procédure, comme elle s'était insinuée jadis dans la

ment, reproduire les déclarations qui auront été faites devant le tribunal; autrement il arriverait, ce qui est arrivé devant une Cour d'appel (Amiens, 14 juillet 1828), qu'on se trouverait dans la nécessité, sur l'appel, d'ordonner de nouveau la comparution, par cela seul que la première audition des parties n'aurait pas laissé de traces. Il suffit que les explications des parties devant les premiers juges soient reproduites en substance dans le jugement. (Rej., 17 janvier 1865.) Le fait même que la comparution n'aurait pas été spécialement constatée, ne serait point un grief sérieux, si la comparution volontaire des parties ressortait des *qualités* du jugement. (Rej., 30 mai 1859.) Mais il est essentiel que tous les juges aient assisté à la comparution. (Poitiers, 12 juin 1856.)

384. Le défaut de la partie appelée à comparaître peut-il autoriser le juge à tenir pour avérés les faits allégués, comme en matière d'interrogatoire? (C. de proc., art. 330.) L'application d'une disposition purement facultative doit être admise en principe. (Rej., 15 février 1812; Rennes, 15 août 1828.) Toutefois le défaut de comparution n'a pas ici le même degré de gravité; la partie ignorant souvent les points sur lesquels on doit l'interroger, l'aveu tacite qui résulte de l'abstention peut n'avoir plus la même précision, et les juges doivent être beaucoup plus circonspects, s'il s'agit de prononcer une condamnation d'après ce seul motif. Dans l'espèce jugée par la Cour de Rennes, la question sur laquelle devait porter l'interrogation était parfaitement déterminée, et il y avait des présomptions graves contre la partie qui avait refusé de venir à l'audience.

pratique. Elle n'a pas attiré l'attention du législateur, qui l'a admise sans songer à bien l'organiser.

DEUXIÈME DIVISION.

PROVOCATION DE L'AVEU EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 385. Dissidence grave, sur ce point, entre le système d'accusation et le système inquisitorial. — 386. Abus de l'interrogatoire; torture. Réaction, en sens opposé, dans la pratique anglaise. — 387. Justification de l'interrogatoire, tel qu'il est organisé par nos lois.

385. Le pouvoir d'interroger les parties, qu'on ne conteste pas au juge en matière civile, lui est, au contraire, positivement refusé par certains systèmes de procédure criminelle. Dans les pays où l'accusation est abandonnée aux parties lésées, on laisse l'accusateur et l'accusé se débattre comme en champ clos; c'est à eux à prouver respectivement l'affirmative et la négative qu'ils soutiennent; le juge, impassible sur son siége, jusqu'au moment où il prononce la sentence, ne fait personnellement aucun effort, aucune démarche pour amener la découverte de la vérité. Telle était à Rome l'ancienne procédure des *publica judicia*, qu'ils eussent lieu devant les *judices*, analogues à nos jurés, ou bien devant l'assemblée du peuple. Il y avait, de part et d'autre, plaidoirie, production de pièces et de témoins; mais l'accusé n'était pas soumis à un interrogatoire par ses juges. Il en était de même à Athènes. Telle est encore la tendance de la procédure anglaise, qui se retrouve, avec peu de modifications, aux États-Unis. On peut bien adresser des questions à l'accusé, lors des premières poursuites qui ont lieu devant les juges de paix, du moins quand il s'agit de *félonie*, c'est-à-dire d'un crime grave, en vertu de deux statuts de Philippe et de Marie; mais jamais, une fois les débats ouverts aux assises, on ne se permet de lui adresser aucune interpellation. Seulement, avant de commencer l'examen, on lui demande s'il veut plaider *guilty or not guilty*, comme coupable ou comme non coupable. L'aveu

fait volontairement à cette époque rend inutile tout débat sur le fait, et on procède immédiatement à l'application de la peine, que la sincérité de l'accusé rend habituellement plus modérée. Mais si, dans le cours de la procédure, il lui échappe un aveu, bien que non provoqué, le président, au lieu de s'empresser de le recueillir, avertit charitablement l'accusé des conséquences de ses paroles, et l'engage en quelque sorte à les rétracter, avant qu'il en soit dressé procès-verbal [1]. Lorsque l'accusé a avoué lors de l'ouverture des débats, on ne s'occupe plus de la preuve du fait, on le regarde comme parfaitement constaté; ce qui n'a pas lieu dans les systèmes d'instruction qui reposent sur un autre principe. C'est ainsi qu'à Athènes [2] et à Rome, lorsqu'il y avait aveu de l'accusé, il n'y avait point de *judicium;* le magistrat appliquait immédiatement la peine : *Confessus pro judicato est*, dit Paul. (L. 1, D., *De confess.*) Il semble pourtant contradictoire, au premier coup d'œil, d'attacher une telle importance à l'aveu, lorsqu'on ne s'efforce nullement de le provoquer. Mais c'est toujours la conséquence du même système, de l'impassibilité du juge. Dès que l'accusé s'avoue vaincu, l'accusateur n'a plus rien à faire; et le juge n'a pas plus mission de défendre l'accusé, quand

[1] Un prêtre catholique a dû la vie, dans le dernier siècle, à cette règle de la jurisprudence anglaise, qui n'autorise pas l'interrogation. Il fut accusé d'avoir célébré la messe en Angleterre : fait encore puni de mort d'après les lois existantes, bien que l'opinion commençât à se soulever contre elles. Les témoins furent entendus, le fait fut prouvé, et l'accusateur jouissait déjà de son triomphe; mais, à sa grande surprise et à la satisfaction générale du public, l'accusé fut absous, attendu qu'on avait bien prouvé qu'il avait dit la messe, mais qu'on n'avait pas prouvé qu'il fût prêtre, ce dont on n'aurait pu s'assurer qu'en l'interrogeant. On voit néanmoins qu'il faut supposer des lois atroces pour qu'un pareil résultat soit désirable. Sous l'empire des lois justes, ce qui fut alors un triomphe pour l'humanité devient un déplorable scandale.

[2] Souvent l'accusé chez les Athéniens plaidait *guilty*, c'est-à-dire avouait le crime, en sollicitant l'application d'une peine plus légère. Socrate refusa de sauver ainsi sa tête, en s'avouant coupable d'impiété.

il abandonne lui-même sa cause, qu'il n'avait mission d'appuyer l'accusateur. Ce système applique purement et simplement, en matière pénale, ces principes du droit civil, que c'est au demandeur à faire la preuve, et que, lorsque le défendeur avoue, il n'y a plus de débat possible sur le fait. (N^os^ 96 et suiv.)

On procède tout autrement dans le système *inquisitorial*, où l'autorité publique recherche d'office les délits les plus graves, au lieu d'en abandonner la poursuite à la diligence des particuliers. Il ne s'agit plus alors d'un combat singulier entre l'accusation et la défense, qui semble reproduire, au sein même des institutions judiciaires, les anciennes guerres privées. Le pouvoir social ne se contente plus d'intervenir, il dirige la procédure. Cette marche entraîne deux conséquences diamétralement opposées à ce qui se passait dans le premier système. D'une part, le juge, dont le rôle n'est plus simplement passif, s'efforce de provoquer l'aveu, qui est habituellement la meilleure preuve de la culpabilité; mais, d'autre part, on ne regarde pas la condamnation comme forcée, par cela seul qu'il y a un aveu. Le but qu'on se propose n'étant pas de statuer sur des prétentions opposées, mais d'arriver à la vérité, on doit examiner, avant de condamner, si les circonstances que l'on peut connaître d'ailleurs, rendent l'aveu vraisemblable. (N^o^ 364.)

386. La tendance inquisitoriale commença à se manifester à Athènes lorsqu'il s'établit une magistrature permanente, chargée de statuer sur les crimes les plus graves, le tribunal de l'Aréopage. « Cet auguste tribunal », dit Eschyle dans son discours contre Timarque, « fonde son opinion, « non sur l'éloquence des parties ou sur les dépositions des « témoins, mais sur ses investigations personnelles et sur « ses notions antérieures. » Mais, tombant déjà dans l'abus du système qu'il inaugurait, l'Aréopage siégeait souvent la

nuit, afin de se soustraire à l'influence que pourrait exercer sur lui, soit l'art oratoire, soit la vue même de l'accusé. En général, pour les crimes politiques ou religieux, il y avait une instruction préparatoire ; il était permis d'interroger les accusés et de les confronter, soit entre eux, soit avec les témoins de la cause. A Rome, le même esprit s'introduisit dans la jurisprudence, quand les magistrats connurent eux-mêmes des accusations renvoyées autrefois devant le peuple ou devant les *judices*. Marcien nous apprend (L. 6, § 1, D., *De cust. reor.*) que, dès le temps d'Antonin le Pieux, il y avait des officiers spéciaux, appelés *irenarchæ* [1], pour lesquels un édit de cet empereur prescrit « ut, cum apprehen-« derint latrones, interrogent eos de sociis et receptatoribus, « et interrogationes cum litteris inclusas atque obsignatas ad « cognitionem magistratus mittant. » Le même texte appelle *quæstio seu inquisitio* la procédure dirigée par le magistrat. Nous voyons l'interrogatoire jouer un grand rôle dans les procédures qui précédèrent le martyre des chrétiens, et même dans la Passion de Jésus-Christ, telle qu'elle nous est racontée par les Évangélistes [2]. L'existence de poursuites d'office, à côté des accusations privées, se trouve clairement démontrée par ces mots adressés par Trajan à Pline le Jeune, dans sa fameuse lettre relative aux chrétiens (*Lettres de Pline*, liv. X, lett. 98) : *Conquirendi non sunt ; si deferantur et arguantur, puniendi sunt.*

Lorsque le christianisme sortit vainqueur des persécutions, il exerça à son tour une puissante influence sur la législation criminelle, et il ne put que fortifier cette tendance à la pro-

[1] C'est-à-dire gardiens de la paix (εἰρήνην ἄρχοντας). On voit que la dénomination de *juge de paix* n'est pas aussi moderne qu'on le croit généralement. Les *irenarchæ* se rapprochent des juges de paix d'Angleterre.

[2] « Ecce ego, coram vobis interrogans », dit Pilate (saint Luc, ch. XXIII, vers. 14), « nullam causam inveni in homine isto, in his in quibus eum « accusatis. »

vocation de l'aveu, puisque la confession fut élevée par l'Église à la dignité de sacrement. On dut redoubler d'efforts pour obtenir une déclaration sincère, qui était à la fois une preuve grave pour le juge, et l'acquittement d'une obligation de conscience pour l'accusé. Quelquefois même, sous l'influence de cette idée, le saint-office, dont les rigueurs ont flétri le nom d'*inquisition*, pardonna à l'aveu accompagné de repentir : indulgence dont on trouve peu d'exemples dans les juridictions laïques. Sans aller aussi loin que les cours ecclésiastiques, les tribunaux de l'Europe continentale attachèrent un grand prix à la condamnation de l'accusé par sa propre bouche. Malheureusement le désir d'obtenir l'aveu, louable en lui-même, fut poussé jusqu'au fanatisme, et la torture, ce déplorable legs fait par l'antiquité à la jurisprudence du moyen âge, ne fut acceptée par celle-ci qu'avec trop d'empressement. A Athènes et à Rome, ce mode d'instruction ne s'appliquait qu'exceptionnellement aux hommes libres[1], et le droit canonique admettait également des distinctions. Nous ne voyons même nulle part les Décrétales, comme l'ont fait plus tard nos ordonnances, faire de la torture un moyen régulier d'information. (Van Espen, *Jus eccl.*, part. III, tit. VIII, cap. III.) Notre pratique française admit l'égalité de tous les accusés devant la torture. « Suivant le droit civil et canon », dit Jean Imbert (*Pratique judiciaire,* liv. III, chap. XIV), « aucunes personnes, « par l'excellence de leurs dignités, ne pouvaient être tor- « turées, comme les décurions et les prêtres ; mais aujour- « d'hui tous indistinctement sont sujets à torture. » A la honte de notre civilisation, qui se prétend ancienne, et qui, sous ce rapport, n'est sortie que d'hier des ténèbres de

[1] Ce qui a fait dire à Rittemeier (*De origine quæstionis per tormenta*) que la servitude est la mère de la torture : *Servitutem quæstionis procreationem et quasi parentem.*

la barbarie [1], cet effroyable abus n'a été aboli en Europe qu'à la fin du dernier siècle [2].

Ces excès ont amené une réaction contre le système inquisitorial, qui n'a plus été considéré par beaucoup d'esprits que comme un abus de pouvoir, une vexation intolérable. Les doutes soulevés par les publicistes du dernier siècle sur la force légale de l'aveu et sur la légitimité de l'interrogatoire s'expliquent par la juste horreur qu'inspiraient les procédés employés pour arracher un aveu. En Angleterre, où l'opinion publique repoussa énergiquement la torture, usitée quelque temps sous le règne d'Élisabeth, c'est la même réaction contre les abus des justices continentales qui a établi, et maintenu jusqu'à nos jours, le système suivant lequel le pouvoir social joue un rôle purement passif dans la plupart des accusations. De là le principe qui a prévalu en Angleterre, et qui est consacré par la constitution des États-Unis (Amend., art. 5), que nul ne peut être contraint, en matière pénale, à être témoin contre lui-même. Telle est également l'origine du système du droit commun anglais, qui prescrit au juge d'écarter *a priori*, sans le soumettre à l'appréciation du jury, tout aveu dicté par la crainte ou par l'espérance. Les jurisconsultes

[1] Si réservé habituellement dans ses doctrines, si ennemi des innovations, Pothier était plus avancé sur ce point que la plupart de ses contemporains. « On évitait », dit M. Frémont (*Recherches historiques et biographiques sur Pothier*, page 57), « de lui distribuer des procédures criminelles dans lesquelles on prévoyait que la question devait être posée, non pas que l'on craignît, comme Letrosne l'a avancé, que la sensibilité de ses organes physiques ne pût supporter un pareil spectacle, mais parce qu'on savait que sa haute piété et sa raison éclairée lui faisaient considérer la question comme un acte inhumain et très-souvent inutile. »

[2] En France, la *question préparatoire*, qui avait pour but de suppléer à l'insuffisance des preuves, en extorquant du patient un aveu de culpabilité, a été abolie par Louis XVI, le 24 août 1780. La *question préalable*, à laquelle on appliquait les condamnés à mort, afin de leur faire révéler leurs complices, ne l'a été que par un décret de l'Assemblée constituante du 9 octobre 1789.

les plus éclairés reconnaissent aujourd'hui que la distinction entre cet aveu et l'aveu volontaire est bien délicate, et ils confessent que, dans l'application de cette règle, la justice et le bon sens ont été trop souvent sacrifiés à de fausses considérations d'humanité. (M. Greenleaf, tom. I, p. 288, note 1.) Le système écossais, qui, en avertissant le jury des circonstances de l'aveu, le constitue juge de sa valeur (Alison, *Criminal law of Scotland*, p. 581, 582), est évidemment préférable.

387. Aujourd'hui que la torture a disparu, du moins dans tous les pays sur lesquels la civilisation européenne a étendu son empire, les meilleurs publicistes reconnaissent la supériorité du système inquisitorial modéré. La marche dans laquelle le juge s'emploie activement pour la recherche de la vérité est bien supérieure à celle où il se contente d'assister à la lutte des passions et des intérêts opposés. Bentham (*Preuves judiciaires*, liv. VII, ch. XI) répond fort heureusement à Beccaria, qui prétend que l'interrogatoire est contraire à l'humanité, en ce qu'il exige d'un homme qu'il soit son propre accusateur. « D'autres vous diront », dit le publiciste anglais, « que l'interrogatoire personnel « n'est pas une manière de procéder généreuse : c'est « prendre un homme à son désavantage. Il est dans une « situation malheureuse : le juge doit être son ami plutôt « que son ennemi, et il est beau de ne pas même se préva- « loir de ce qui pourrait lui échapper à son préjudice. On « serait tenté de croire que ces notions ont été puisées dans « les maximes d'honneur des combats singuliers. Il est « contre les règles de presser un adversaire qu'un accident « a mis hors d'état de résister; il est contre les règles de « battre un ennemi à terre : il faut lui donner une autre « lance, et lui permettre de se relever... Le juge le plus « sensible et le plus humain ne doit être ni l'ami, ni

« l'ennemi du prévenu : il n'est que l'ami de la vérité et « des lois. Il ne cherche ni un innocent ni un coupable ; il « veut trouver ce qui est. » Ces dernières paroles définissent bien la véritable nature du système inquisitorial.

Mais, sans parler de la torture, dont il ne peut plus être question aujourd'hui, il y a, dans l'application de ce système, un excès qu'il importe d'éviter. Tel qu'il est pratiqué dans le droit commun allemand, peu éloigné de notre ancienne jurisprudence, le système inquisitorial suppose l'action exclusive et isolée du juge, sans aucune discussion publique. Il est vrai que la chaleur des débats a quelquefois nui à la manifestation de la vérité, et qu'on a vu l'éloquence des avocats soustraire à l'échafaud de grands coupables. Mais, en voulant supprimer les passions, on supprime du même coup le mouvement et la vie, et pour vouloir atteindre trop directement le but, on s'en écarte, puisqu'on se prive volontairement de certains moyens qui peuvent servir à la manifestation de la vérité. Un tribunal qui, comme le faisait souvent l'Aréopage à Athènes, siégerait de nuit (n° 386), ce qui est l'idéal du système, en se dérobant ainsi à toute impression personnelle, mutilerait l'instruction judiciaire, sous prétexte de l'épurer [1]. Il est inutile d'ajouter une considération qui ne saurait échapper à personne, l'utilité de la publicité comme garantie contre les vexations, vestige de l'ancienne torture, signalées en ces termes par M. Mittermaier (trad. de M. Alexandre, p. 300, note) : « Le « caractère tout inquisitorial de la procédure criminelle « allemande donne lieu à une conséquence des plus domma- « geables. Le juge d'instruction est forcément amené à

[1] La salle où siégeaient les *inquisiteurs d'État*, que l'on m'a montrée à Venise dans le palais ducal, est disposée de manière que les juges ne puissent voir l'accusé. C'est la procédure secrète portée au dernier point de perfection. Cette salle n'est plus heureusement aujourd'hui qu'un souvenir historique, ainsi que les *plombs* et les *puits* de Venise.

« prendre l'aveu pour point de mire de tous ses efforts. De « là, souvent, des représentations fallacieuses faites à l'in- « culpé, des menaces, des promesses; de là ces détentions « préventives prolongées à dessein, dans l'espoir d'une con- « fession qui se fait attendre. Les lois allemandes, sous le « nom de *peines de désobéissance*, autorisent les *coups*, l'*in- « carcération plus longue* ou *plus rigoureuse*, contre tout « inculpé qui refuse de répondre, se comporte mal ou ment « à la justice : ce sont là autant de prétextes fournis au « juge pour imposer de véritables tortures à l'inculpé qui « ne voulait pas avouer, et qui souvent alors, poussé par le « désespoir, débite autant de mensonges sous forme de « confession. »

Notre Code d'instruction criminelle, en maintenant le principe inquisitorial dans l'instruction préparatoire, a souvent donné lieu à de pareils abus. Un juge d'instruction n'a pas craint d'écrire qu'il faut *enlever un aveu*. Quel scandale que l'aveu mensonger d'un parricide, ainsi extorqué à la femme Gardin! (Cour d'assises du Nord, 13 avril 1861.) Aussi a-t-on proposé (n° 310) d'introduire la publicité dans l'instruction préparatoire.

Aujourd'hui l'interrogatoire, de même que l'audition des témoins, a lieu d'abord en secret, puis en public. En le suivant dans ses diverses phases, nous ne nous attacherons qu'à la procédure établie dans les causes de grand criminel, l'interrogatoire n'offrant aucun caractère particulier dans celles de police correctionnelle et de simple police.

§ 1. INTERROGATOIRE LORS DE L'INSTRUCTION PRÉPARATOIRE.

SOMMAIRE. — 388. Qui doit interroger le prévenu. — 389. Importance de l'interrogatoire. — 390. Se reporter, pour les formes, à l'ordonnance de 1670. — 391. Comment se prête l'interrogatoire. — 392. Il doit être secret. — 393. Abolition du serment préalable. — 394. Utilité de réitérer l'interrogatoire. — 395. Interrogatoire préalable fait par le président de la cour d'assises.

388. D'après le Code d'instruction criminelle, qui a été

fidèle sous ce rapport aux traditions de l'ancienne jurisprudence, c'est le juge d'instruction qui est chargé d'interroger le prévenu. Le procureur de la République, dont les fonctions normales consistent à activer la procédure par ses réquisitions, mais non à la diriger, ne doit procéder à l'interrogatoire que dans des cas exceptionnels. (C. d'instr., art. 40.) Et dans les cas mêmes où ce fonctionnaire est appelé à faire, soit personnellement, soit par l'organe de ses officiers de police auxiliaires, les premiers actes d'instruction, ces actes doivent toujours être transmis au juge, qui peut les refaire, s'il l'estime convenable. (*Ibid.*, art. 60.)

389. L'ordonnance de 1539, article 146, voulait que les prévenus fussent « bien et diligemment interrogés.... pour « trouver la vérité des crimes, délits et excès, par la bouche « des accusés, si faire se peut. » Le but qu'on se propose étant de découvrir la vérité, cette mesure est exigée autant dans l'intérêt de la justification des innocents que dans celui de la découverte des coupables : « C'est particulièrement dans l'interrogatoire », disait le président Lamoignon, dans les conférences sur l'ordonnance de 1670, « que « l'accusé peut employer les moyens naturels de sa défense, « et que le juge, par sa prudence et par son autorité, peut « découvrir la vérité et pénétrer dans les déguisements d'un « criminel. » Aussi l'ordonnance de 1670 exigeait-elle (tit. XIV, art. 1er) que les prévenus pour crimes fussent interrogés dans les vingt-quatre heures. Cette règle, souvent violée autrefois, n'est pas non plus toujours exactement observée aujourd'hui dans le cas où elle est reproduite chez nous, c'est-à-dire lorsqu'il y a mandat d'amener, mandat que le juge d'instruction doit décerner, soit lorsqu'il s'agit d'un crime, soit lorsque l'inculpé n'est pas domicilié. Dans les cas moins graves, où le juge ne décerne qu'un mandat de comparution, comme il n'a aucun droit de retenir celui

qu'il a fait venir devant lui, l'interrogatoire doit se faire immédiatement. (C. d'instr., art. 93.) Du reste, bien que l'interrogatoire ne soit pas expressément prescrit par la loi à peine de nullité, il est considéré comme une forme substantielle de la procédure (*ibid.*, art. 103), et une instruction ne peut être close sans que l'inculpé ait été mis, par un mandat, en demeure de s'expliquer sur les faits qui lui sont imputés. (Cass., 6 novembre 1834, 12 février 1835, 11 novembre 1839 et 16 novembre 1849.)

390. Malgré l'importance que nos lois modernes ont attachée à l'interrogatoire préalable, elles ont négligé d'en tracer les formes; on est obligé de se reporter, en ce qui touche ce point, au titre XIV de l'ordonnance de 1670, en tant que les dispositions de ce titre sont compatibles avec l'organisation actuelle de la justice, et n'ont pas été abrogées par le décret du 9 octobre 1789, qui a consacré certaines réformes relativement à l'interrogatoire. Jetons un coup d'œil sur celles de ces dispositions qui offrent le plus d'intérêt.

391. Le juge était tenu de vaquer en personne à l'interrogatoire, qui ne pouvait en aucun cas être fait par le greffier[1]. (Ord. de 1670, tit. XIV, art. 2.) L'ordonnance prononçait la nullité de l'interrogatoire fait par le greffier, et une amende de cinq cents livres, tant contre le greffier que contre le juge. La première de ces sanctions est la seule qu'il soit permis d'appliquer aujourd'hui.

L'interrogatoire devait avoir lieu en justice, et non dans la maison du juge. (*Ibid.*, art. 14.) Il doit en être encore ainsi maintenant. L'article 1040 du Code de procédure veut

[1] Déjà l'article 144 de l'ordonnance de 1539 avait prescrit aux juges de procéder en personne aux interrogatoires, récolements et confrontations. Mais, jusqu'à l'ordonnance de 1670, l'information pouvait être déléguée à un greffier, à un notaire ou à un sergent : ce qui entraînait de graves abus.

que tous actes et procès-verbaux du ministère du juge soient faits au lieu où siége le tribunal. Il y a identité de motif en matière criminelle.

392. Les inculpés devaient être interrogés séparément, sans assistance d'autre personne que du juge et du greffier. (*Ibid.*, art. 6.) La pratique est constante en ce sens. L'Assemblée constituante, en établissant la publicité des débats au criminel, a reconnu bien formellement l'utilité de maintenir le secret de l'instruction préparatoire. L'inculpé, sauf permission extraordinaire du juge d'instruction, n'est autorisé à communiquer avec un conseil qu'après sa translation dans la maison de justice du lieu où se tient la Cour d'assises. (C. d'instr., art. 294, 302.) Le ministère public lui-même ne doit pas assister à l'interrogatoire. Puisque le prévenu n'a pas encore de défenseur, on doit écarter également l'organe de l'accusation. Si donc l'article 94 du Code d'instruction dit que le juge décerne le mandat d'arrêt, après avoir entendu les prévenus, et *le procureur impérial ouï*, cela ne doit pas s'entendre dans le sens d'une audition simultanée du ministère public et des prévenus, mais bien dans le sens de la succession de deux actes : d'abord l'interrogatoire, puis les réquisitions du ministère public à fin de mandat d'arrêt.

393. On appliquera de même la disposition de l'ordonnance (même titre, art. 11) qui prescrivait de donner un interprète aux étrangers lorsqu'ils n'entendaient pas la langue française, et celle qui ordonnait de lire et de faire signer à l'inculpé son interrogatoire (*ibid.*, art. 13), ainsi que la loi le prescrit expressément pour les témoins. (C. d'instr., art. 76.) Mais il en est autrement du serment qui était exigé avant l'interrogatoire. (Ord., *ibid.*, art. 7.) Cette exigence odieuse avait été puisée à une digne source, à un *directoire des inquisiteurs*, publié en 1360. Critiquée par les esprits les plus

éminents : au seizième siècle, par le fameux criminaliste Julius Clarus, l'un des premiers dignitaires du sénat de Milan, sous Philippe II[1] ; au dix-septième siècle, par le président Lamoignon, dont les développements sur cette question, lors de la rédaction de l'ordonnance, ne laissent rien à désirer ; enfin, au dix-huitième siècle, par les nombreux publicistes qui battirent en brèche les abus de notre vieille procédure, elle a été enfin abolie par l'article 12 du décret du 9 octobre 1789. Ici notre législation criminelle est parfaitement en harmonie avec la législation civile, laquelle, nous l'avons vu, a supprimé également le serment qui précédait autrefois l'interrogatoire sur faits et articles.

394. Aujourd'hui, comme sous l'ordonnance (*ibid.*, art. 15), l'interrogatoire peut être réitéré. Il convient même en général, avant de clore l'instruction, de procéder à un interrogatoire final. On ne peut qu'applaudir à ce que dit à ce sujet une circulaire du procureur général d'Orléans, du 21 mars 1836 : « J'ai remarqué, dans les procédures criminelles, que messieurs les juges d'instruction se contentent « souvent de faire subir à l'inculpé un seul interrogatoire, « qui a lieu immédiatement après l'arrestation, c'est-à-dire, « dans la plupart des cas, à l'ouverture même de la procédure. Cet interrogatoire ne saurait suffire ; car il n'est pas « possible, à ce premier moment, de mettre l'inculpé en « demeure de s'expliquer sur l'ensemble des charges, qui, « le plus souvent, ne sont recueillies, au moins d'une manière parfaitement régulière, que par des auditions postérieures de témoins[2]. Il importe donc qu'indépendamment

[1] « Mihi certe hæc practica nunquam placuit, quia est manifesta occasio perjurii. »

[2] La loi du 17 pluviôse an IX prescrivait même (art. 10), suivant la pratique ancienne et moderne, un premier interrogatoire du prévenu *avant d'avoir eu communication des charges et dépositions.*

« de ce premier interrogatoire et de ceux qui peuvent avoir « paru nécessaires dans le cours des procédures, l'inculpé « subisse un *interrogatoire final*, lorsque l'information est « entièrement terminée. Dans ce dernier interrogatoire, les « magistrats peuvent facilement interpeller l'accusé sur la « totalité des charges, et le mettre en demeure de se jus- « tifier sur chacune d'elles, soit par ses explications, soit « par l'indication de nouveaux témoins. Au moyen de cette « précaution, les magistrats de la chambre du conseil et de « la chambre d'accusation seront certains d'avoir sous les « yeux un système complet de défense à côté du système de « la poursuite; et ils pourront ainsi, mais ainsi seulement, « statuer en suffisante connaissance de cause. » Lorsqu'il est ainsi procédé à un nouvel interrogatoire, on se demande s'il doit être fait lecture des interrogatoires précédents. Autoriser, en principe, les inculpés à réclamer cette lecture, ce serait leur favoriser les moyens de trahir la vérité, en les mettant en garde contre les contradictions ou variations qui auraient pu leur échapper. C'est seulement si le juge d'instruction croit à la bonne foi de l'inculpé qu'il peut lui relire, en tout ou en partie, ses premières dépositions, afin de le mettre à même de s'expliquer sur des contradictions qui ne seraient qu'apparentes.

395. Enfin, outre l'interrogatoire ou les interrogatoires subis devant le juge d'instruction, celui contre lequel a été rendu un arrêt de mise en accusation doit encore être interrogé secrètement, par le président de la Cour d'assises ou par un juge délégué, vingt-quatre heures après son arrivée dans la maison de justice du lieu où doivent se tenir les assises. (C. d'instr., art. 293.) C'est là une formalité substantielle dont l'accomplissement doit être régulièrement constaté à peine de nullité. (Cass., 30 septembre et 20 décembre 1847, 3 janvier 1850, 29 mars 1860.) Néanmoins, l'observation

du délai de vingt-quatre heures, ainsi que celle de beaucoup de délais semblables dans nos lois, n'a pour sanction que le zèle et la conscience des magistrats. (Rej., 16 janvier 1852, 4 août 1853, 21 janvier 1864.) Le but principal de cet interrogatoire est d'inviter l'accusé à se choisir un défenseur, et de l'avertir qu'il a cinq jours pour attaquer l'arrêt de renvoi rendu par la chambre des mises en accusation. (*Ibid.*, art. 294 et 296.) Les débats ne pouvant s'ouvrir tant que le sort de cet arrêt demeure en suspens, il y aura nécessairement cinq jours au moins d'intervalle entre l'interrogatoire et l'ouverture des débats. La loi prescrit de dresser un procès-verbal, où l'on constate l'accomplissement de ces formalités, et les déclarations de l'accusé, s'il y a lieu. (*Ibid.*, art. 291.) Mais il est assez rare que des révélations soient faites ainsi devant le président de la Cour d'assises; souvent lui-même n'attache pas assez d'importance à cet interrogatoire, dont il délègue la tâche à un autre juge.

§ 3. INTERROGATOIRE LORS DES DÉBATS.

SOMMAIRE. — 396. Utilité et légalité de cet interrogatoire. — 397. Absence de contrainte physique. — 398. Constatation de l'identité de l'accusé. — 399. Ordre à suivre s'il y a des coaccusés. — 400. Forme de l'interrogatoire. — 401. Absence de suggestion. — 402. Peut-il y avoir faux témoignage de la part de l'accusé? — 403. *Quid* du témoin qui peut se compromettre par sa déposition?

396. Il est chez nous de l'essence de l'instruction criminelle que l'accusé soit invité à donner des explications verbales, mais on n'emploie aucun moyen de contrainte pour l'obliger à répondre aux interpellations qui lui sont faites. Si le refus de répondre peut être interprété défavorablement pour l'accusé, il ne donne lieu à aucune mesure spéciale pour punir son opiniâtreté. Nous ne connaissons pas les *peines de désobéissance*, c'est-à-dire les coups, l'incarcération plus rigoureuse, ou prolongée, que prononcent les lois allemandes contre l'accusé qui refuse de répondre. (Voy.

M. Mittermaier, note citée, n° 387.) Dégagé de toute contrainte, l'interrogatoire à l'audience, qui ne prête point aux mêmes abus que l'interrogatoire secret, est aussi favorable à la défense qu'à l'accusation. Notre jurisprudence est constante en ce sens. Devant la haute Cour de Bourges, un accusé ayant soutenu que l'interrogatoire, surtout avant l'audition des témoins, était un abus emprunté à l'inquisition, condamné par la législation anglaise et proscrit par le Code d'instruction, la haute Cour a jugé, le 9 mars 1849, que, d'après la combinaison des articles de ce Code, « le « droit appartient au président de demander aux accusés, « avant l'audition des témoins, ce qui lui semble néces- « saire pour la manifestation de la vérité. » On ne considère point non plus aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1670 (tit. XVIII, art. 8), celui qui refuse de répondre après trois interpellations comme *muet volontaire*, et comme privé en conséquence de la faculté de revenir ultérieurement sur les points à l'égard desquels il n'a pas voulu s'expliquer[1]. Le droit de défense est regardé avec raison comme imprescriptible, tant qu'il n'est pas intervenu de condamnation.

Mais n'est-ce pas faire revivre jusqu'à un certain point les peines contre le muet volontaire, que d'obliger le prévenu ou l'accusé à répondre, à peine d'être expulsé de l'audience, comme ayant *refusé de comparaître*, aux termes des articles 8 et 9 de la loi du 9 septembre 1835? Une décision rendue contre le prévenu, dans cette hypothèse, par la Cour de cassation, le 14 octobre 1853, nous paraît tomber dans l'excès opposé à celui de la doctrine anglaise, qui proscrit l'interrogatoire. Il nous est difficile de comprendre comment, aux termes de l'arrêt, *l'audience serait troublée et le cours de la*

[1] Aux termes de l'article 224 du Code de procédure pénale de Naples, l'interrogatoire est considéré comme un avantage pour l'accusé, avantage dont il est privé s'il a refusé de répondre au commencement des débats.

justice entravé par le simple refus de répondre. Aucun texte n'oblige l'accusé à répondre, comme on oblige le témoin à déposer. (Instr. crim., art. 355.) Bien plus sage nous paraît la conduite de la plupart des présidents, qui laissent à cet égard toute liberté à l'accusé.

397. L'accusé comparaît devant la Cour d'assises libre (C. d'instr., art. 310), en ce sens du moins qu'aucun lien ne doit comprimer ses membres. La contrainte physique, en réagissant sur ses dispositions morales, nuirait à la liberté de la défense. Il faut donc s'en abstenir, quand elle n'est pas nécessaire, et il suffit dès lors habituellement qu'il soit accompagné de gardes pour l'empêcher de s'évader. Mais, dans une espèce où le procès-verbal constate que l'accusé était d'un caractère bouillant et emporté, qu'il était agile, très-adroit et très-robuste, on a jugé que le président chargé de la police de l'audience a le pouvoir d'employer toutes voies de contrainte que le bon ordre et la sûreté des assistants rendraient indispensables, dût-il faire mettre des menottes à l'accusé. (Rej., 7 octobre 1830.) Il est plus difficile d'approuver une autre décision (Rej., 2 janvier 1857), validant une procédure où les fers avaient été enlevés après la lecture de l'acte d'accusation; car, si l'accusé avait pu sans danger être dégagé de toute contrainte à partir de ce moment, pourquoi pas dès le moment de sa comparution?

398. Avant d'ouvrir les débats, le président demande à l'accusé son nom, ses prénoms, son âge, sa profession, sa demeure, et le lieu de sa naissance (même art. 310). Ce n'est point là l'interrogatoire proprement dit, mais simplement un moyen de constater l'identité. L'interrogatoire sérieux, qui est la partie essentielle des débats, ne peut avoir lieu qu'après l'installation du jury, la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, et l'appel des témoins.

399. S'il y a plusieurs accusés, le président détermine

ceux qui doivent être soumis les premiers aux débats, en commençant par le principal accusé, s'il y en a un. (*Ibid.*, art. 334.) La détermination de cet ordre peut, sans doute, avoir une grande influence sur la direction des débats. Mais apprécier quel est le principal accusé, c'est se livrer à un examen qui est tout entier de fait. Comment la Cour de cassation pourrait-elle, sans entrer dans un ordre d'attributions qui lui est tout à fait étranger, annuler les débats à raison de la décision qu'aurait prise le président sur ce point? On a donc reconnu que cette règle, malgré son utilité, doit être entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire, et échappe par sa nature même au contrôle de la Cour de cassation. (Rej., 3 mai 1834 et 4 août 1843.)

Le président peut, du reste, lorsqu'il craint que la présence de certains accusés n'exerce une influence fâcheuse sur les réponses de leurs coaccusés, ordonner que quelques-uns d'entre eux soient interrogés séparément, sauf à avertir ceux que l'on aurait fait provisoirement retirer de ce qui se serait passé en leur absence. Cette mesure n'est indiquée par la loi qu'à l'occasion de la déposition des témoins (*ibid.*, art. 327), dont il peut être essentiel d'isoler les accusés (n° 318). Mais il y a absolument même raison, en ce qui touche l'examen séparé de chaque accusé; les coaccusés sont respectivement témoins les uns à l'égard des autres. Après tout, l'*affrontation* des accusés entre eux, aussi bien que leur *confrontation* avec les témoins, n'ont d'importance qu'en tant qu'elles tendent à la manifestation de la vérité, et ne pas admettre des exceptions nécessaires dans l'intérêt même de cette manifestation, ce serait sacrifier le but au moyen.

400. Quant à la manière dont l'interrogatoire doit être dirigé, la loi s'en remet à la sagesse du magistrat qui préside aux débats. Elle prescrit seulement de représenter à

l'accusé toutes les pièces relatives au délit et pouvant servir à conviction, et de l'interpeller de déclarer s'il les reconnaît. (*Ibid.*, art. 329.) La présence des objets mêmes qui ont servi aux crimes, ou des dépouilles de la victime, peut agir sur sa conscience et amener une révélation. S'il ne sait pas le français, on lui donne un interprète, ainsi qu'on le fait pour les témoins[1]. (*Ibid.*, art. 332.) Le président doit prendre cette mesure d'office, toutes les fois qu'il lui apparaît que l'accusé n'entend point suffisamment la langue française; mais, s'il n'y a eu aucune réclamation ni de la part de l'accusé, ni de celle de son défendeur, il est présumé avoir pu suivre utilement les débats, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, notamment le 12 mai 1855. La même assistance est nécessaire au sourd-muet. (*Ibid.*, art. 333.) Enfin il est évident que si les témoins ne doivent lire aucun projet écrit (*ibid.*, art. 317), il doit en être de même, à plus forte raison, de l'accusé, chez qui l'interrogatoire doit éveiller des souvenirs tout personnels. Mais il ne faut pas confondre avec les réponses rédigées à l'avance celles que donne immédiatement par écrit à l'audience le sourd-muet qui sait écrire (*ibid.*, art. 333), réponses qui, pour n'être pas verbales, n'en sont pas moins spontanées. La loi a raison de préférer ces réponses faites par écrit, lorsqu'on peut les obtenir, au langage par gestes, dont l'interprétation peut quelquefois n'être pas parfaitement exacte. Et au cas où un étranger saurait le français, sans pouvoir le parler, nous inclinerions à lui appliquer également la faculté de répondre

[1] Une jurisprudence regrettable, mais conforme à la lettre de la loi, qui n'appelle l'interprète (même art. 332) qu'à traduire les *discours à transmettre* entre l'accusé et les témoins, n'exige point que la traduction de l'arrêt de renvoi et du résumé de l'acte d'accusation soit constatée. (Rej., 29 mai 1850.) Aussi serait-il à désirer qu'on appliquât, à toutes les causes qui concernent des personnes n'entendant pas le français, la disposition de l'article 68 de l'ordonnance du 26 septembre 1842, prescrivant une analyse sommaire, en langue arabe, faite par un interprète assermenté, de toute signification faite à un musulman en Algérie.

par écrit. Il importe d'éviter l'emploi des intermédiaires, de mettre l'accusé en rapport immédiat avec ses juges.

401. Arrêtons-nous un instant sur le caractère général que doit avoir l'interrogatoire, soit secret, soit public. Le juge qui le dirige doit le conduire avec habileté, afin d'amener insensiblement un aveu, que l'accusé n'avait pas l'intention de faire, mais qui résulte forcément des circonstances successivement établies contre lui. Néanmoins cette habileté ne doit pas dégénérer en dol. On doit proscrire ces questions captieuses, équivoques, qui font dire à l'accusé le contraire de ce qu'il voulait dire. Il n'y a plus d'aveu, dès que la déclaration faite en justice n'est plus l'expression libre de la pensée de l'interrogé. Tendre des piéges à un accusé, c'est organiser contre lui une véritable torture morale. Certaines législations, comme l'avait fait la loi pénale de *Bavière* (art. 267, n° 4), annulent l'aveu obtenu à la suite de questions captieuses. Mais cette nullité est d'une application difficile. Quelle est la limite où s'arrêtent les questions licites, où commencent les questions captieuses? Le seul remède véritablement efficace contre ce danger se trouve dans la publicité de l'interrogatoire, et dans l'assistance aux débats d'un défenseur. Si on se plaint quelquefois, à tort ou à raison, de la manière dont l'interrogatoire a été conduit par le juge d'instruction, les mêmes plaintes ne peuvent s'élever quant aux débats, où tout se passe à la face du public, où toute latitude est laissée à la défense; et ce n'est que d'après les débats que doit se former la conviction du jury.

Quant à la tenue que doit avoir vis-à-vis des accusés le juge qui les interroge, on ne saurait lui donner de meilleur conseil que de dire avec Callistrate (L. 19, § 1, D., *De off. præsid.*) : *Sed et in cognoscendo neque excandescere adversus eos quos malos putat, neque precibus calamitosorum in*

lacrymari oportet; id enim non est constantis et recti judicis, cujus animi motum vultus detegit. Et summatim ita jus reddet, ut auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat.

402. Il importe d'observer que, si la législation moderne n'a pas permis que la déclaration de l'accusé eût pour sanction le serment, on doit encore moins admettre qu'aucune pénalité puisse atteindre celui qui n'a trahi la vérité que pour se soustraire à un grave péril : ce que l'on reconnaissait déjà autrefois, bien qu'il y eût parjure suivant la pratique ancienne. Dès lors, le mensonge de ses réponses ne saurait constituer le crime de faux témoignage. (Cass., 22 pluviôse an XI.) Bien plus, le simple fait d'avoir répondu et signé sous un faux nom, n'étant que l'exercice du droit de défense, ne saurait constituer un faux. (Cass., 29 avril, et Rej., 1er septembre 1826.) Il en serait autrement si l'accusé avait pris le nom d'une personne déterminée, de manière à faire retomber moralement sur elle le poids de la condamnation, ainsi que l'a décidé avec beaucoup de raison la Cour de cassation. (Cass., 12 avril 1855; Rej., 1er juillet 1858.) Bien que Cicéron ait dit (*pro Milone*) : *Omnis est honesta ratio conservandæ salutis*, les immunités de la défense ne sauraient aller jusqu'à causer le plus grave préjudice à autrui.

403. Une question plus délicate est celle de savoir si l'on doit considérer comme légalement astreint à la foi du serment le témoin qui, sans être actuellement accusé, peut se compromettre s'il révèle la vérité. En faveur de l'affirmative, on fait valoir cette considération que le faux témoignage suppose l'intention de porter préjudice à autrui, tandis que celui qui est véritablement partie dans la cause ne commet un mensonge que dans l'intérêt de sa défense. Mais la Cour de cassation juge constamment (Cass., 27 août 1824; Rej., 22 avril et 23 décembre 1847) qu'aucune considération personnelle ne peut dispenser le témoin des devoirs sacrés

qu'impose le serment. Cette doctrine rigoureuse nous paraît exacte dès qu'une fois il y a eu serment prêté ; seulement, il appartient au pouvoir discrétionnaire d'autoriser en connaissance de cause ceux qui se trouvent dans une pareille position, à donner de simples renseignements (voy. n° 326), ou même à s'abstenir (Bordeaux, 6 juin 1851), suivant le principe admis dans le droit commun anglais. (M. Greenleaf, tom. I, p. 587 et suiv.) Dans tous les cas, l'ancienne jurisprudence, au rapport de Jousse (*Justice criminelle*, tom. III, p. 434), punissait d'une peine moins grave que la peine ordinaire du faux le témoin qui déposait faussement dans une cause où il avait intérêt, et aujourd'hui le jury pourra toujours appliquer en pareille hypothèse le bénéfice des circonstances atténuantes.

DEUXIÈME SORTE D'AVEU.

AVEU TACITE. — SERMENT DÉCISOIRE.

SOMMAIRE. — 404. Aveu tacite inadmissible au criminel. — 405. Aveu tacite au civil. Serment décisoire. — 406. Du serment en général. — 407. Serment *promissoire*. — 408. Serment *affirmatif*, — *décisoire* ou *supplétoire*.

404. La conduite d'une partie peut être telle qu'elle implique reconnaissance du fait allégué contre elle, bien qu'il n'y ait pas aveu formel de sa part. C'est ainsi qu'à Rome on considérait celui qui avait transigé à prix d'argent avec la partie adverse, comme ayant fait l'aveu du fait à lui imputé : *Intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*, dit Paul. (L. 5, D., *De his qui not. inf.*) Toutefois cette présomption ne s'appliquait qu'aux actions privées et aux accusations non capitales. Lorsque l'accusation était capitale, la transaction pouvait avoir été dictée par la crainte d'une condamnation injuste : « In capitalibus criminibus », dit Ulpien (L. 1, D., *De bon. eor. qui ant. sent.*), « a principibus decretum

« est, non nocere ei, qui adversarium corrupit : sed in his « demum quæ pœnam mortis continent : nam ignoscendum « censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiterqualiter re- « demptum voluit. » Aujourd'hui, il est évident qu'en matière criminelle l'aveu tacite ne saurait avoir une force qui est refusée à l'aveu formel. Une tentative de corruption vis-à-vis du ministère public ou de la partie civile serait seulement un indice grave contre l'accusé. L'appréciation des circonstances de cette nature est complétement abandonnée au juge en matière criminelle. De même, le silence opiniâtre de l'accusé, en présence des accusations les plus graves, peut lui nuire, sans doute, mais n'a contre lui aucun effet absolu. Nous l'avons déjà dit, les rigueurs exercées jadis contre le *muet volontaire* n'existent plus dans le droit actuel, et le juge doit suppléer les moyens de défense de celui-là même qui aurait complétement renoncé à se défendre. Cette doctrine est du moins incontestable dans le système inquisitorial, qui a prévalu chez nous quant à l'instruction criminelle. Au civil, au contraire, où la procédure est ordinairement *réquisitoriale*, le juge n'est pas forcé de défendre la partie qui abandonne elle-même sa cause, et la loi peut très-bien voir dans cet abandon un aveu tacite.

405. Quelquefois le législateur laisse au juge la faculté de tenir les faits pour avérés, par cela seul que le défendeur[1] n'a pas voulu se prêter à la mesure exigée de lui; et nous avons vu, en effet, que le Code de procédure (art. 330) ne va pas plus loin, en ce qui touche l'interrogatoire sur faits et articles. Mais, dans plusieurs autres hypothèses, le refus de contredire les allégations de l'adversaire est considéré

[1] Il s'agit du défendeur à l'incident, qui pourrait bien être le demandeur primitif. Ainsi, quand je vous poursuis en vertu d'une pièce, et que vous l'argüez de fausseté, je joue dans cette procédure incidente le rôle de défendeur.

comme une confession, que les juges ne sont pas libres d'admettre ou de rejeter. Nous verrons qu'il en est ainsi dans la vérification d'écritures; l'écrit sur la sincérité duquel le porteur ne veut pas s'expliquer, est tenu pour reconnu (même Cod., art. 194). Le cas le plus remarquable peut-être d'aveu tacite, est celui qui résulte du refus de prêter ou de référer le serment décisoire. Aussi la délation du serment a-t-elle toujours été rapprochée de l'interrogatoire, avec lequel elle a une grande affinité, puisqu'elle tend également, bien que d'une manière plus solennelle, à en appeler à la conscience de l'adversaire.

406. Mais, avant de parler spécialement du serment décisoire, donnons quelques notions préliminaires sur le serment en général.

Le serment est l'attestation de la Divinité [1] à l'appui d'une déclaration de l'homme. En attachant une extrême importance au serment, notre législation, que l'on a quelquefois accusée d'être athée, professe implicitement, mais d'une manière bien formelle, la croyance à l'existence de Dieu et à l'immortalité de l'âme. Si les doctrines matérialistes ou *positivistes* venaient jamais à prévaloir, il n'y aurait d'autre moyen de fortifier la déclaration de l'homme que de faire appel à son *honneur*. Mais l'honneur suppose une certaine éducation, et par cela même n'a de prise que sur certaines classes de la société, tandis que la religion parle à tous le même langage.

Ce témoignage de la croyance des peuples à une justice suprême se retrouve dans tous les pays et dans tous les temps. Pythagore prétendait même que le monde devait son

[1] Il y a des serments qui ne s'adressent point à la Divinité : ainsi, les habitants de Sumatra jurent par les ossements de leurs pères; les Arabes par la vélocité de leurs coursiers, et par le vent qui souffle de la montagne. Mais le serment judiciaire des peuples civilisés s'adresse toujours à Dieu.

origine à un serment que Dieu lieu-même aurait prêté de toute éternité, et dont la création serait l'accomplissement [1]. Malheureusement aussi de tout temps on a abusé du serment, et l'appel à la Divinité est devenu une nouvelle arme pour la fraude. C'est ce qui explique pourquoi l'Évangile est loin d'être favorable à l'emploi du serment : « Ego autem dico vobis non jurare omnino... sit autem « sermo vester : Est, est : non, non : quod autem his abun- « dantius est, a malo est. » (S. Matth., ch. v, vers. 34 et 37.) Mais cette prescription a été bien mal observée. L'influence du christianisme sur la législation romaine ne fit qu'y multiplier les serments; on sait combien ils sont prodigués dans les constitutions de Justinien, qui oblige les deux parties, ainsi que les avocats, à prêter serment au commencement de chaque procès. (Just., L. 2, Cod., *De jurej. propt. calumn.*) Les peuples modernes ont eu aussi beaucoup trop fréquemment recours à cette garantie, qui perd toute son efficacité lorsqu'elle devient banale et pour ainsi dire de style.

407. Suivant que la déclaration de l'homme porte sur le passé ou sur l'avenir, le serment est *affirmatif* ou *promissoire*. Nous ne devons nous occuper ici que du serment affirmatif. Si le serment promissoire peut rentrer dans notre sujet, c'est lorsqu'il se rattache à l'administration de la preuve. Ainsi, nous avons spécialement signalé (n^os^ 118, 272 et 325) celui que prêtent les experts et les témoins. Nous avons vu également que l'ancien droit exigeait le serment de la partie, soit avant de prêter l'interrogatoire, soit au civil, soit au criminel, mais que cette exigence odieuse a été abolie par notre législation moderne (n^os^ 371, 393). Ce que nous allons dire

[1] On sent bien que cette explication, comme la plupart de celles que donne la philosophie sur le mystérieux problème de l'origine du monde, est plus obscure que le fait même à expliquer.

quant à la forme du serment affirmatif, est directement applicable à la forme du serment promissoire. Quant au fond, il est évident que le serment promissoire ne tend à rien prouver, mais seulement à contracter un engagement pour l'avenir, engagement qui n'a généralement d'importance dans notre droit qu'en tant qu'il s'agit de l'exercice de certaines fonctions [1].

408. Le serment affirmatif peut être déféré par l'une des parties à l'autre, ou bien par le juge à celle des parties qu'il estime la plus digne de foi. Dans le premier cas, on le nomme *décisoire*, parce que la délation du serment suffit à elle seule pour terminer le procès. Dans le second cas, on le nomme *supplétoire*, parce que le serment déféré par le juge ne fait que compléter une preuve préexistante. Le serment affirmatif est qualifié par le Code civil (art. 1357) de serment *judiciaire*, parce qu'il est le plus souvent déféré en justice. Pothier est plus exact, lorsqu'il réserve le nom de *juramentum judiciale* au serment supplétoire, qui exige nécessairement l'intervention du juge, tandis que la délation du serment décisoire peut être extrajudiciaire. Nous ne traiterons maintenant que du serment décisoire, lequel se rattache à l'aveu, comme émanant le plus souvent [2] de la par-

[1] A Rome, le serment promissoire, ajouté à des conventions ordinaires, excluait la restitution en entier pour les mineurs de vingt-cinq ans. *Neque perfidiæ, neque perjurii auctorem me tibi futurum sperare debuisti*, répond Alexandre Sévère (L. 1, Cod., *Si adv. vend.*), dans une espèce de cette nature. C'était ainsi par le serment que les affranchis s'obligeaient à rendre certains services à leurs patrons. Au moyen âge, le serment ajouté à la déclaration contenue dans un acte entraînait la juridiction ecclésiastique. Aujourd'hui le serment promissoire n'a aucun effet dans le droit privé. On en trouve cependant une application dans l'article 603 du Code civil, qui astreint l'usufruitier, lorsqu'on lui abandonne certains meubles pour son usage personnel, s'il ne peut fournir une véritable caution, à se cautionner lui-même par son serment. (*Caution juratoire.*)

[2] Nous disons, *le plus souvent*. Ce sera en effet presque toujours le demandeur, quant à l'objet principal du litige, ou le défendeur, devenu demandeur, quant à ses moyens de défense, qui sommera de jurer l'adver-

tie qui a intérêt à nier les faits en litige. Nous rattacherons, au contraire, au troisième mode de preuve orale, à la déclaration du demandeur, le serment supplétoire, qui a un caractère à part, puisqu'il est fréquemment déféré au demandeur même, appelé à rendre témoignage dans son propre intérêt.

La délation du serment, à la différence de l'interrogatoire, n'étant usitée qu'au civil, ce sera sur les matières civiles exclusivement que porteront nos développements en cette partie. Nous expliquerons seulement ensuite pourquoi les peuples modernes ont rejeté en matière criminelle le serment décisoire.

PREMIÈRE SECTION

EMPLOI DU SERMENT DÉCISOIRE AU CIVIL.

SOMMAIRE. — 409. Caractère du serment décisoire. Division.

409. Le serment décisoire offert et accepté constitue une véritable transaction: *speciem transactionis continet,* dit Paul. (L. 2, D., *De jurej.*) Mais ce genre de transaction se distingue des transactions ordinaires, en ce qu'il y a obligation pour la partie à qui je propose de m'en rapporter à sa foi, d'accepter mon offre, ou d'avouer la justice de mes prétentions. Il faut avouer cependant que ce mode de trancher la difficulté est loin d'être toujours satisfaisant, et que la pratique américaine, qui, sans repousser le serment décisoire, en prévient le plus souvent l'emploi par une interrogation des parties *in limine* (M. Greenleaf, t. III, p. 433), offre de sérieux avantages. Nous parlerons successivement

saire intéressé à nier. Toutefois le contraire pourrait avoir lieu. Celui qui ne fait que se défendre pourrait, pour couper court au procès, déférer le serment au demandeur. Mais cela arrivera rarement, car il faudra être bien mal conseillé pour fournir à son adversaire un moyen aussi facile de triompher.

de la délation du serment, du mode de prestation du serment, et de l'effet du serment prêté; enfin nous traiterons de l'aveu tacite qu'emporte le refus de le prêter ou de le référer.

§ 1. DÉLATION DU SERMENT.

SOMMAIRE. — 410. En quelles matières peut avoir lieu cette délation. — 411. Est-elle admissible en matière administrative? — 412. Cas où il s'agit de faits personnels. — 413. La délation du serment décisoire est-elle subordonnée à l'appréciation du juge? — 414. Devant quelle juridiction elle peut avoir lieu. — 415. Délation extrajudiciaire. — 416. Capacité requise pour déférer le serment. — 417. Délation de serment quand il s'agit d'un être moral.

410. Le serment, comme l'interrogatoire, ne prête nullement à l'arbitraire et à la fraude, de la part de celui qui y a recours, puisqu'il s'adresse au défendeur lui-même, appelé à décider dans sa propre cause. Aussi le Code civil (art. 1358) veut-il que le serment décisoire puisse être déféré *sur quelque espèce de contestation que ce soit*, c'est-à-dire en matière réelle ou personnelle, et quelle que soit la valeur du litige. (*Ibid.*, art. 1358, 1360.) Ajoutons, comme pour l'interrogatoire sur faits et articles (n° 373), lors même que les faits seraient de nature à nuire à celui qui en ferait l'aveu.

Mais la disposition de l'article 1358 n'est pas absolue; autrement, elle détruirait toute l'économie de notre droit. Ainsi, celui qui a en sa faveur une preuve légale, comme celle qui résulte d'un acte authentique (comp. Cod. ital., art. 1364), ne saurait être astreint à jurer que sa prétention est fondée; sauf à l'adversaire à s'inscrire en faux, et à déférer alors le serment dans cette procédure, s'il le juge à propos. Toutefois il faut distinguer, comme nous le verrons plus tard, les faits attestés par le notaire, et ceux qui lui ont été simplement déclarés. C'est ainsi que la Cour de Grenoble, le 10 juillet 1806, a admis la délation du serment sur la sincérité du prix d'une cession, bien que déclaré par

acte public. De même, beaucoup de décisions judiciaires ont permis de déférer le serment sur la simulation de payement alors que l'on n'alléguait aucune complicité de l'officier public [1]. Nous pensons donc que la Cour de Montpellier a été trop loin, le 25 juin 1819, en repoussant d'une manière absolue la délation de serment sur tout ce qui est déclaré dans un acte authentique, tandis qu'au contraire la Cour de Turin a eu tort d'admettre sans distinction, le 10 nivôse an XIV, l'application de l'article 1358 aux actes de cette nature

A plus forte raison n'est-il point permis de déférer le serment à celui qui invoque l'autorité de la chose jugée. (Rej., 22 août 1822.) En sens inverse, on ne saurait suppléer, par la délation d'un serment, au défaut d'un acte solennel, tel qu'un contrat de mariage (Cass., 21 juillet 1852) ou une donation entre-vifs. (Pau, 24 août 1870.) De même, la faculté de déférer le serment ne saurait s'étendre aux questions électorales. C'est ce qu'a jugé la Cour de Nancy, le 21 juin 1830, dans le système du cens électoral, quant aux contestations sur la propriété réelle des immeubles attribués à un électeur par l'administration; et ce qu'il faudrait encore décider aujourd'hui quant à la constatation du domicile électoral, dans un système qui n'exige que des conditions d'âge et de domicile. Dans un autre ordre d'idées, la Cour de cassation (Rej., 1er mai 1849) n'a point permis à un avoué de déférer le serment à son client sur les frais par lui dus, faute de production du registre que les avoués doivent tenir et représenter en justice (tarif du 16 février 1807, art. 151.) Ce qui est encore moins douteux, c'est que, dans les cas où l'aveu ne fait point preuve, comme dans les ques-

[1] L'article 296 de la coutume de Bretagne, en abolissant l'exception de *pécune non nombrée* (voy. n° 46), permettait néanmoins de requérir le serment du créancier.

tions de séparation entre époux (C. de proc., art. 878), il n'est pas permis davantage de faire dépendre l'issue du procès d'une prestation de serment. (Grenoble, 19 juillet 1838.) Mais faut-il en dire autant dans les questions d'état proprement dites, en ce qui concerne la filiation? La loi, il est vrai, ne défend pas expressément la transaction dans ce genre de procès, comme elle la défend dans ceux qui ont trait à l'état des époux; mais des intérêts non moins graves se rattachant à la filiation, il importe que la vérité soit mise au jour, et c'est avec raison que la jurisprudence a décidé (Cass., 12 juin 1838 et 27 février 1839) qu'on ne peut transiger sur des réclamations de cette nature, qui sont déclarées par la loi non susceptibles de compromis (C. de proc., art. 1004), et même imprescriptibles. (C. civil, art. 328.) Dès lors le serment décisoire ne peut être déféré sur la paternité, ni même sur la maternité, bien que l'affirmative, quant à ce dernier point, ait été admise par la Cour de Rennes, le 16 décembre 1836. L'espèce était cependant bien défavorable, puisqu'il s'agissait de déférer le serment à une demoiselle, sur la question de savoir si elle était mère de tel enfant naturel. La forcer ainsi à jurer, sans avoir contre elle aucun commencement de preuve par écrit, c'était violer l'article 341, qui ne permet pas d'attaquer ainsi brusquement l'honneur d'une fille ou d'une veuve. Le pourvoi contre l'arrêt fut admis par la chambre des requêtes; mais la demanderesse en cassation, fatiguée des lenteurs judiciaires, termina le procès en prêtant le serment exigé d'elle. Toutefois il n'est guère permis de croire, d'après l'esprit de la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'un arrêt aussi scandaleux eût été impunément déféré à la chambre civile.

Enfin il n'est pas toujours possible de déférer le serment contrairement à une présomption légale. Nous examinerons,

en traitant de ces présomptions, la question délicate qui s'élève sur l'admissibilité de l'aveu ou du serment, quand il s'agit de les combattre. (C. civil, art. 1352.)

411. Le serment décisoire peut-il être déféré devant la juridiction administrative? Il n'existe sur ce point aucun texte de loi, et tout ce qu'il convient d'examiner, c'est si la nature des questions administratives s'oppose à la prestation de serment. Le plus souvent, sans doute, les intérêts en litige touchent à l'ordre général de la société, et dès lors ne seront point susceptibles de transaction. Mais en est-il toujours ainsi? Il existe sur ce point un arrêt unique, rendu par le Conseil d'État le 29 novembre 1851, qui déclare d'une manière absolue « que les articles 1358 et suivants « du Code civil relatifs au serment décisoire ne s'appliquent « qu'aux contestations portées devant les tribunaux; qu'au- « cune disposition légale n'en a étendu les effets à la juri- « diction administrative, et que des motifs d'ordre public « s'opposent à ce qu'un tel serment soit déféré devant cette « juridiction. »

Bien que cette décision soit approuvée sans restriction par la grave autorité de M. Dufour (*Droit administratif*, tom. II, n° 348), elle ne nous paraît pas rationnelle. Pourquoi le serment serait-il repoussé *à priori* quand la loi admet (décret du 22 juillet 1806, art. 14) l'interrogatoire, qui présente une grande affinité avec le serment? Dire que des motifs d'ordre public s'opposent à la délation du serment, n'est-ce point généraliser *id quod plerumque fit*, comme lorsque l'on dit (voy. n° 148) que la preuve testimoniale est toujours admissible devant les tribunaux criminels? Dans l'espèce de 1851, il s'agissait d'une contestation de pur intérêt privé, entre des concessionnaires de travaux publics et des particuliers, c'est-à-dire entre des parties maîtresses de leurs droits, et nous pensons comme M. Lebon, dans

son annotation sur l'arrêt de 1851, que le Conseil d'État s'est laissé entraîner à une décision beaucoup trop absolue. La question est d'ailleurs trop grave pour que l'on puisse considérer la jurisprudence du conseil comme fixée par un seul arrêt.

412. La loi consacre elle-même une exception importante au principe que le serment peut être déféré sur toute espèce de contestation. Cette délation est, comme l'interrogatoire, un appel à la conscience de la partie à laquelle on s'adresse. Or cet appel ne peut être sérieux qu'autant qu'il s'agit d'un fait personnel à cette partie. (*Ibid.*, art. 1359.) Aussi disait-on à Rome (Paul, *Sent.* liv. II, tit. I, § 4) : « Heredi ejus cum quo contractum est, jusjurandum deferri « non potest; quoniam contractum ignorare potest. » Quintilien dit également (*Inst. orat.*, liv. V, chap. VI) : *Nisi facti res est ea, quam credibile sit notam ipsi non esse.* Pothier reconnaît également cette exception (*Oblig.*, n° 913) : « Ce » n'est pas mon fait », dit-il, « c'est le fait du défunt, que « je ne suis point obligé de savoir. Mais l'usage parmi nous « est qu'en ce cas on puisse me déférer le serment sur le « fait de savoir si j'ai connaissance que le défunt dût la « somme demandée; car en ce cas on ne me défère pas le « serment sur le fait de la vérité, mais on me défère le ser« ment sur le fait de la connaissance qu'on prétend que *j'ai* « de la dette, qui est mon propre fait. » Nous trouvons ce serment consacré dans les statuts de Milan de 1498 : *Si vero fuerit heres vel successor etiam singularis* (stat. 95), *sufficiat jurare de credulitate, ipsum debitum esse solutum.* La pratique moderne consacre également le serment de *crédibilité*, admis par le rapporteur du Tribunat, et que nous retrouvons dans le texte du Code en matière de prescriptions courtes : lorsque les héritiers invoquent une prescription de cette nature, le créancier peut exiger d'eux une déclaration asser-

mentée, qui porte, non sur l'origine de la dette, fait qui ne leur est pas personnel, mais sur le point de savoir s'ils n'ont aucune connaissance d'une dette contractée par leur auteur. (C. civ., art. 2276.) Cette décision est en harmonie avec la distinction établie, pour les écrits privés, entre le prétendu signataire, qui doit avouer ou désavouer son écriture, et l'ayant cause, qui peut se borner à déclarer qu'il ne connaît point l'écriture de son auteur. (C. civ., art. 1323.) Le serment de crédibilité peut-il également être déféré au tuteur au nom du mineur? Le Code civil (*ibid.*) le décide en matière de prescriptions courtes; mais il ne faut pas généraliser cette décision, puisque le tuteur, à la différence de la veuve ou de l'héritier, n'a point capacité pour disposer des droits de celui qu'il représente. (Colmar, 23 août 1859.) C'est seulement au cas où il s'agit d'objets, tels que les revenus, dont le tuteur a la libre administration, qu'on peut lui déférer le serment de crédibilité, puisqu'on pourrait même lui déférer le serment décisoire ordinaire.

Que s'il s'agissait d'un fait personnel à celui auquel est déféré le serment [1], il ne lui serait pas loisible, en principe, de se borner à prêter le serment de crédibilité. Ce n'est pas qu'il ne puisse nous arriver d'oublier des faits dans lesquels nous avons été nous-mêmes acteurs; mais cet oubli est peu probable, lorsqu'il s'agit de circonstances importantes, qui ont dû fixer notre attention. Aussi déciderait-on chez nous ce qu'a décidé la Cour de Bruxelles le 22 avril 1819, qu'il y a insuffisance dans le serment d'un brasseur qui affirme qu'il *ignore avoir distillé* contrairement aux règlements. Mais

[1] Les officialités déférent encore le serment sur les questions personnelles les plus délicates; ainsi, dans l'affaire en nullité de mariage, jugée par le tribunal de la Seine (le 17 mai 1861), on a cité le serment prêté successivement, et en sens contraire, à l'officialité de Paris, par le mari et par la femme, sur le fait de la consommation du mariage.

l'oubli peut être admissible dans des cas exceptionnels : ainsi, la Cour de Besançon, le 22 février 1856, a admis un mandataire à affirmer sous serment ne point se rappeler certains articles à porter dans son compte [1]. Dans une espèce plus récente, la même Cour a refusé, au contraire, d'admettre le refus de serment pour défaut de mémoire (1er avril 1862); en rejetant le pourvoi formé contre ce dernier arrêt (arr. du 8 juin 1863), la Cour de cassation semble laisser tout pouvoir d'appréciation aux juges du fait.

413. Il est certain qu'à Rome le serment décisoire pouvait être déféré en l'absence de toute espèce de preuve : *Omnibus probationibus aliis deficientibus*, dit Paul. (L. 36, pr. D., *De jurej.*) Autrefois pourtant plusieurs docteurs, notamment Barthole, soutenaient que le serment décisoire, comme le serment supplétif, ne pouvait être déféré *en l'absence* d'un commencement de preuve. Leur principal argument consistait à dire qu'il ne devait pas être permis, sans aucun sujet, de forcer une personne timorée à une prestation de serment qui peut répugner à sa conscience. Pressés sur le terrain des lois romaines, ils faisaient remarquer qu'il y avait à Rome une certaine garantie pour le défendeur dans le serment *de calumnia*, que devait prêter chacune des parties avant de soutenir le procès. (Gaius, *Comm.*, liv. IV, § 126; Just., *Inst.*, § 1, *De pœn. tem. litig.*) L'opinion contraire, embrassée par Cujas (*Observ.*, XXII, 18), par Vinnius (*Select. quæst.*, I, 42), et par Pothier (*Oblig.*, n° 914), est également consacrée par le Code civil, qui autorise la délation du serment, *encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve* de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. « Celui à qui on défère le serment », dit l'exposé

[1] Telle est également la portée de la formule autorisée en Autriche, suivant les circonstances (Cod. de proc., § 269) : *En tant que j'ai connaissance et souvenir.*

des motifs, « n'est point censé souffrir un préjudice de ce « qu'on lui demande la déclaration de la vérité ». C'est ce que décide également le Code de procédure d'Autriche. (§ 265.) Après tout, le serment *de calumnia* était une bien faible garantie, comme tout ce qui est de style, et celui qui se plaint d'une demande vexatoire a une ressource beaucoup plus efficace, celle de former une demande reconventionnelle en dommages et intérêts.

Seulement, il faut que les faits sur lesquels le serment est déféré soient concluants. (Rej., 6 mai 1834 et 9 novembre 1846.) Par *toute espèce de contestation*, il faut entendre toute contestation susceptible de mener à un résultat sérieux. Mais lorsqu'il n'est point contesté que les faits ne soient concluants, c'est arbitrairement, à notre avis, que diverses décisions judiciaires (voir notamment Rej., 17 novembre 1863 et 19 avril 1870) ont attribué aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour écarter la délation du serment. C'est aux parties, et non aux magistrats, que la loi accorde la faculté de déférer le serment décisoire. (En ce sens, Nîmes, 24 mars 1852; Bastia, 12 avril 1864.) Si l'article 120 du Code de procédure suppose un jugement qui ordonne le serment et énonce les faits sur lesquels il sera reçu, c'est que cet article se place dans l'hypothèse où il s'élève une difficulté préalable sur l'admissibilité du serment, à raison, soit de la nature du litige, soit de la capacité des parties. Autrement, il est constant que la prestation du serment peut être spontanée.

Plusieurs arrêts (Rej., 15 mars 1852; Bordeaux, 22 août 1871) ont cherché à tourner la difficulté, en transformant le serment décisoire en serment supplétoire, dans des espèces où la délation du serment n'avait eu lieu que subsidiairement, et en rentrant ainsi dans l'hypothèse où il appartient au juge de décider si le serment doit être déféré. (C. civ.,

art. 1366, 1367.) Mais si le serment supplétoire exige un commencement de preuve, c'est une supposition tout à fait gratuite que d'exiger le défaut absolu de preuves pour valider la délation du serment décisoire. Lorsqu'on dit ce serment déféré *omnibus probationibus aliis deficientibus* (Paul, L. 35, *pr.*, D., *De jurej.*), on parle seulement de ce qui arrive le plus fréquemment. Puisqu'aux termes du Code civil (art. 1360) le serment décisoire peut être déféré *en tout état de cause*, il peut l'être subsidiairement à d'autres moyens de preuve, et rien ne nous autorise à nous écarter de la classification établie par le législateur, lorsque, traitant successivement du *serment décisoire* et du *serment déféré d'office*, il range évidemment dans la première catégorie tout serment déféré par l'un des plaideurs à la partie adverse. Néanmoins, en sens inverse, la délation de serment peut être écartée, lorsque la demande à l'appui de laquelle on l'invoque se trouve suffisamment justifiée. (Rej., 6 août 1836.) En Autriche, une décision du 19 juin 1847 laisse au tribunal la faculté de décider si la délation de serment doit avoir lieu subsidiairement ou cumulativement.

414. Du principe que le serment peut être déféré en tout état de cause, il faut conclure que la délation peut avoir lieu en appel aussi bien qu'en première instance. Mais il n'en est point de même devant la Cour de cassation; devant cette Cour il ne s'agit plus de la vérification du fait, mais de l'examen du droit, auquel le serment, aussi bien que l'aveu (n° 352), est inapplicable.

415. La délation du serment ne produit d'effets légaux vis-à-vis de l'adversaire qu'autant qu'elle a lieu en justice. Nul n'est forcé d'accéder à une transaction extrajudiciaire[1]. Et

[1] Cette transaction, rare dans nos mœurs, était fréquente à Rome, puisque le serment prêté *extra jus* ou *extra judicium* donnait lieu à une action spéciale, dite *jurisjurandi*. (Just., *Inst.*, § 11, *De action.*)

cela est vrai, alors même que les parties se trouvent devant le juge de paix siégeant en bureau de conciliation. On peut objecter qu'aux termes du Code de procédure (art. 55), si l'une des parties défère le serment à l'autre, le juge de paix doit le recevoir ou faire mention du refus de le prêter. Mais il n'y a rien là qui suppose l'obligation de jurer sur la réquisition de l'adversaire. Si le serment est prêté volontairement, le juge de paix en donne acte, comme tout officier public donnerait acte d'un serment prêté devant lui, par suite d'un accord qui tient lieu de loi aux parties. (C. civ., art. 1134.) Quant au refus de prêter serment, on prescrit bien d'en faire mention, mais on ne dit pas que ce refus doive être décisif contre la partie qui n'a pas voulu jurer. La mention sera seulement transmise au tribunal saisi de l'affaire, qui pourra tirer de la conduite de cette partie des inductions plus ou moins défavorables contre elle. (Rej., 17 juillet 1810; Douai, 5 janvier 1854.) Mais, ainsi que nous le verrons, la force de simples présomptions est bien loin d'être la même que celle de l'aveu judiciaire.

416. Pour pouvoir déférer le serment, il faut être capable de transiger sur le litige. Ce serait sortir de notre sujet que d'examiner jusqu'à quel point il peut être déféré par un tuteur, par un créancier solidaire, par un mandataire en général. Ce sont là de pures questions de capacité, dont l'examen n'a aucun trait à la théorie des preuves, puisqu'il gît tout entier dans le fond du droit. Les principes généraux sur les transactions supposent également que la délation ne doit pas être le résultat du dol, de la violence ou de l'erreur. Si tel en était le caractère, il serait permis de revenir, non sur le serment prêté, qui est en lui-même inattaquable, mais sur la convention par suite de laquelle il a été prêté. C'est ce qui est clairement établi par Pothier (*Oblig.*, n° 919), et ce qui ne fait guère de doute, du moins en ce

qui concerne les causes ordinaires de nullité des conventions. La question acquiert une tout autre gravité, quand on veut revenir sur l'accord qu'on a proposé à la partie adverse, en se fondant sur des causes toutes spéciales aux transactions, par exemple en invoquant un titre nouvellement découvert, qui constate l'absence de tout droit chez la partie qui a juré. (C. civ., art. 2057.) Si on s'attache à l'idée que déférer le serment c'est transiger, on sera porté à décider que la découverte du titre inconnu doit faire tomber la transaction, comme se trouvant dépourvue de cause. Mais on peut répondre que, quelque exacte que soit en théorie l'assimilation du serment décisoire et de la transaction, ce n'est là qu'un point de doctrine qui ne se trouve nullement formulé dans la loi. Et comme, après tout, il y a quelque chose de plus grave à revenir sur la convention intervenue entre les parties, lorsqu'il s'agit d'établir un parjure, il semble difficile de transporter dans une autre matière la disposition favorable, mais exorbitante, de l'article 2057 du Code civil. Il en serait autrement s'il s'agissait d'une pièce décisive retenue par le fait de l'adversaire : il y aurait alors un dol qui rentrerait dans les causes ordinaires de nullité, et ce n'est en effet que dans cette dernière hypothèse que Pothier (*ibid.*, nos 916 et 919) permet de revenir sur la délation du serment, à raison d'un titre recouvré.

417. On ne peut déférer le serment, comme on adresse l'interrogatoire, à un être moral, tel qu'un établissement public. L'être moral en lui-même ne saurait être considéré comme ayant une conscience. Quant à l'agent, il ne peut pas plus par un serment que par un aveu (C. de proc., art. 336) compromettre les intérêts qui lui sont confiés. Il n'est pas interdit, à la vérité (*ibid.*), de lui déférer le serment sur des faits personnels; mais le refus qu'il ferait de le prêter lui nuirait à lui-même, s'il se trouvait personnel-

lement en cause, sans jamais pouvoir nuire au corps qu'il représente.

§ 2. PRESTATION DU SERMENT.

SOMMAIRE. — 418. Quand un jugement est nécessaire. — 419. Prestation immédiate ; son danger. — 420. Forme du serment. — 421. *Quid* au cas d'absence de croyance religieuse chez le plaideur ? — 422. Peut-on astreindre une partie à prêter serment suivant un rit déterminé ?

418. Le serment déféré peut être immédiatement accepté et prêté, sans qu'il s'élève aucune difficulté. L'intervention du juge n'est alors nécessaire que pour donner acte du serment, et pour en tirer les conséquences légales dans le jugement qui termine l'instance. Si, au contraire, le droit de déférer le serment est contesté au demandeur, il faut que le tribunal prononce par une décision interlocutoire sur l'admissibilité de ce mode de preuve. C'est en vue de cette hypothèse (du moins en ce qui touche le serment décisoire) que l'article 120 du Code de procédure veut qu'un jugement ordonne le serment et énonce les faits sur lesquels il sera reçu. Régulièrement, il faudrait ensuite un second jugement sur le fond de la contestation. Mais souvent, dans la pratique, pour ne pas multiplier les frais, on rend un seul jugement, dans lequel on prononce à l'avance la condamnation de la partie qui ne prêterait pas le serment à elle déféré ; car, s'il est prêté, il faudra bien toujours en donner acte. En tout cas, puisque la prestation du serment est un fait personnel à la partie interpellée, le jugement qui l'autorise doit, comme celui qui ordonne un interrogatoire et pour les mêmes motifs, être signifié tant à avoué qu'à partie (C. de proc., art. 147.) Le serment doit, du reste, être prêté tel qu'il a été déféré ; le prêter autrement, ce serait se refuser à le prêter. (Rej., 8 mars 1852.)

419. La partie prête serment en personne à l'audience, s'il n'y a empêchement légitime, auquel cas le serment au-

rait lieu à son domicile, en présence d'un juge délégué. L'article 173 de la loi de procédure de Genève a introduit en cette matière une notable amélioration. Le président en audience publique expose nettement à la partie les faits sur lesquels le serment lui est déféré; il lui rappelle les peines contre le parjure [1]; et la prestation du serment est renvoyée à une audience subséquente, si les circonstances n'exigent pas qu'elle ait lieu immédiatement. Ce mode appelle la partie à la réflexion, et ne la place point brusquement entre sa conscience et la crainte de rétracter des assertions précédentes. « La précipitation et la fausse honte », dit M. Bellot (Exposé de la loi de procédure de Genève), « ont causé plus « de parjures que l'intérêt même. » Il n'y aurait qu'avantage à introduire ce renvoi dans notre pratique, qui admet tant de lenteurs bien moins motivées.

420. La forme du serment, tel qu'il est usité dans la jurisprudence moderne, est extrêmement simple. Elle consiste à jurer que telle ou telle assertion est fondée, en levant la main : formalité rappelée spécialement par la loi en ce qui touche le serment des jurés (C. d'instr., art. 312), mais qui doit être généralisée [2]. Autrefois le serment était plus compliqué; il comprenait deux parties : l'une, l'invocation, par laquelle on prenait Dieu à témoin; l'autre, l'imprécation, par laquelle on le priait de venger le parjure, si on n'avait pas dit la vérité. Beaucoup d'anciens auteurs regardaient

[1] Suivant le Code de procédure italien (art. 226), le juge doit faire à la partie qui se présente une admonition sur l'importance et la sainteté du serment.

[2] Le cérémonial du serment a varié suivant les temps et suivant les lieux. Mais l'usage de lever la main droite, généralement en vigueur aujourd'hui, remonte à la plus haute antiquité. On le retrouve dans la plus ancienne formule de serment qui nous ait été transmise : « Levo manum meam », dit Abraham (Genèse, ch. IV, vers. 22), « ad Dominum Deum excelsum, « possessorem cœli et terræ. » Mais le serment ne serait point annulé parce que la partie serait privée du bras droit. (Rej., 26 juillet 1866.)

l'imprécation comme étant de l'essence du serment, et la loi de procédure de Genève (art. 172), s'attachant à cette idée, veut que le président ajoute, après que la partie a juré : *Que Dieu, témoin de votre serment, vous punisse, si vous êtes parjure!* Mais l'utilité d'une pareille addition nous paraît douteuse. L'invocation de la Divinité contient bien virtuellement l'appel de la vengeance divine sur la tête du parjure; autrement, cette invocation serait vide de sens. Or, on conçoit bien que des esprits corrompus, mais faibles, reculent quelquefois devant un mensonge, lorsqu'il s'agit de le confirmer par serment [1], mais la distinction casuistique entre l'invocation simple et l'invocation accompagnée d'imprécation, nous semble trop subtile pour faire impression sur beaucoup de consciences. Cet appel solennel à la vengeance de la Divinité ne diminuerait pas les parjures; il ne ferait que les rendre plus scandaleux, en les faisant ressortir davantage.

421. Mais que faut-il décider, si le plaideur, et en général la personne appelée à faire une déclaration en justice, le plus souvent, dans la pratique, un témoin, a le malheur de ne point croire à la Divinité? Il est bien entendu que toute personne est présumée croire en Dieu, et même que l'ancienne pratique anglaise d'interrroger le témoin sur sa foi religieuse, abandonnée aujourd'hui (M. Greenleaf, tom. I, p. 488, not. 2), est inadmissible dans nos mœurs, qui repoussent toute recherche de cette nature. Nous supposons, ce qui n'est pas sans exemple, une profession formelle d'athéisme par la personne appelée en justice. Il est certain que nos lois n'ont point prévu l'athéisme, pas plus que Solon

[1] On peut consulter à ce sujet la curieuse dissertation de M. Berriat Saint-Prix sur le serment judiciaire. (*Rev. de législ.*, t. VII, p. 268 et 269.) On y trouvera des exemples frappants de l'importance attachée au serment par des gens du peuple, qui se permettaient sans scrupule de fausses déclarations non assermentées.

n'avait prévu le parricide. En pareil cas, le plaideur ne pourrait prêter serment, ni le témoin faire une déposition assermentée, sauf à donner de simples renseignements, comme l'enfant ou le condamné frappé de dégradation civique. On a proposé de briser ce dernier lien, qui rattache nos gouvernements modernes, non plus à tel ou tel culte, mais aux croyances spiritualistes. La commission chargée en Belgique de la réforme des lois de procédure a adopté, à la majorité de quatre voix contre trois, des dispositions autorisant la partie qui rejette tout serment, à se borner à affirmer ou à dénier les faits. Chez nous, la section de législation du Conseil d'État, chargée par le dernier gouvernement d'examiner le projet de réforme du Code de procédure, a au contraire maintenu le serment, l'existence de la société ne pouvant pas se concevoir sans la croyance aux vérités fondamentales de l'ordre moral. (Voy. sur ce point l'article de M. Migneret, ancien conseiller d'État, *Revue critique de législation*, nouv. sér., t. I, p. 668.) Plusieurs États de l'Amérique du Nord ont été jusqu'à reconnaître le droit de professer l'athéisme. Les statuts récents de ces États (Michigan, stat. de 1846, chap. CII, § 96; Maine, stat. 1847, chap. XXXIV; Wisconsin, const., art. 1, § 18; Missouri, stat. rev. de 1845, chap. CLXXXVI, § 21) déclarent qu'aucun témoin ne doit être écarté à raison de ses opinions religieuses. Dans d'autres États, il suffit, pour être admis au serment, de croire à l'existence d'un Être suprême (Connecticut, stat. rev. de 1849, tit. I, § 140; New-Hampshire, stat. rev. de 1842, chap. CLXXXVIII, § 9). D'autres (New-York, stat. rev., vol. II, p. 505; Missouri, stat. rev. de 1835, p. 419) exigent la croyance en un Dieu *qui punit le parjure*. Enfin, sous l'empire de cette dernière législation, on se demande s'il est nécessaire de croire à la punition du parjure dans l'autre monde, ou seulement sur la terre. Chez nous, bien *que le*

serment soit basé sur la foi implicite à une autre vie, on ne saurait exiger des plaideurs ou des témoins rien au delà de ce que suppose la formule légale, c'est-à-dire de la croyance en Dieu, qui est supposée, par cela seul qu'elle n'est pas formellement déniée.

422. L'appel à la conscience du plaideur ne sera que plus efficace, si on s'attache aux formes du culte qu'il professe. *Divus Pius*, dit Ulpien (L. 5, § 1, D., *De jurej.*), *jurejurando, quod propria superstitione juratum est, standum rescripsit*. Aussi a-t-on reconnu, et ce point est aujourd'hui hors de doute, que le serment prêté volontairement suivant des formes plus solennelles et plus compliquées peut parfaitement remplacer le serment ordinaire. Mais quand un plaideur demande à prêter serment en la forme commune, peut-on l'astreindre à recourir aux solennités religieuses de son culte? La question s'est élevée dans la pratique en ce qui concerne les juifs. Dans l'ancienne jurisprudence, et notamment en vertu des lettres patentes du 10 juillet 1784, les juifs d'Alsace étaient astreints à prêter serment suivant un rit spécial établi par le Talmud : ce qui pouvait alors être considéré pour eux comme un avantage, puisque la formule ordinaire obligeait à se découvrir et à lever la main devant l'image du Christ. De 1791 à 1805, les juifs furent soumis au droit commun quant à leurs affirmations devant les tribunaux. De 1805 à 1808, en vertu de décrets impériaux, motivés par de graves accusations d'usure, les israélites d'Alsace furent soumis à un régime exceptionnel. Aussi une lettre du ministre de la justice avait-elle ordonné de nouveau la prestation du serment *more judaïco*. Pour soutenir que cette prestation doit être imposée aux juifs, même depuis qu'ils ont été soumis au droit commun, on a fait observer que des esprits accoutumés à un appareil imposant pouvaient attacher peu d'importance à une affirmation conçue dans des

formes extrêmement simples[1]. Mais une décision rendue par les grands rabbins en 1844 répond à cette objection en déclarant le juif lié par la formule ordinaire : *Je le jure;* et d'ailleurs le rit solennel emprunté au Talmud et usité chez les juifs d'Alsace n'est pas applicable aux juifs du rit portugais, qui ne reconnaissent point l'autorité du Talmud. Il eût donc fallu distinguer entre les juifs du rit allemand et les juifs portugais! Aussi les Cours du Midi ont-elles toujours repoussé la prestation du serment *more judaico*. Enfin la Cour de cassation (3 mars 1846; Rej., 16 juin 1869) a décidé *in terminis* qu'on ne doit astreindre personne à jurer suivant un mode dont il n'est fait aucune mention dans nos lois. En écartant toutes les formes spéciales, qui supposaient la croyance à tel ou tel culte, comme le serment prêté sur la Bible, le législateur a manifesté l'intention d'établir une règle commune à tous les hommes qui croient à la Divinité, de quelque manière qu'ils l'adorent. Supposer que cette règle ne convient pas en ce qui touche tel ou tel plaideur, ce n'est plus appliquer la loi, c'est la refaire. Toutefois les sectaires, tels que les *quakers*, qui regardent le serment comme illicite, seront admis, comme ils le sont aujourd'hui généralement en Europe[2], à affirmer en leur âme et conscience. (Rej. 28 mars 1810.) Cette solution n'est pas en opposition avec la précédente. Car autre chose est d'interdire

[1] Cette considération n'est peut-être pas sans force pour les juifs algériens, moins éclairés que les juifs français : aussi la Cour d'Alger a-t-elle maintenu à leur égard les formes usitées dans le pays avant la conquête (arr. du 18 juin 1845); et le gouvernement a suivi la même marche, quant au serment des juges et des membres des consistoires. (Arrêté du 2 septembre 1835; ord. du 9 novembre 1845.) En Autriche, la loi du 3 mai 1868, qui établit un mode uniforme de serment, fait encore exception pour les israélites.

[2] Guillaume III (stat. 7 et 8, chap. 37) a admis l'affirmation des quakers devant les cours de justice anglaise, mais en faisant exception pour le témoignage en matière criminelle.

à une personne l'usage de la formule légale, lorsqu'elle en requiert l'application, autre chose est d'y suppléer par des équivalents, lorsqu'il faudrait violenter les consciences pour en exiger l'emploi.

Tout ce que nous venons de dire de la formule du serment s'applique également au serment supplétoire, à celui que prêtent les témoins, les jurés, etc.

§ 3. EFFET DE LA PRESTATION.

SOMMAIRE. — 423. Solution du litige. — 423. Indivisibilité du serment. — 425. Quand le serment peut être tenu comme prêté. — 326. Défense de revenir sur la prestation de serment. — 427. Le parjure peut-il être prouvé par témoins devant la juridiction criminelle?

423. Le serment une fois prêté, en supposant valable la transaction à laquelle il se rattache, termine irrévocablement la contestation. L'effet du serment, comme celui de l'aveu, à l'égard des tiers, par exemple dans les rapports du débiteur et de la caution, des cocréanciers, des codébiteurs solidaires entre eux (C. civil, art. 1365), rentre dans la théorie plus générale de l'effet des jugements à l'égard des tiers. Nous poserons les principes les plus importants sur ce point, quand nous serons arrivé au siége de la matière, à la présomption qu'entraîne l'autorité de la chose jugée.

Au surplus, si la délation du serment extrajudiciaire n'a rien d'obligatoire, il n'en est pas de même de sa prestation, lorsqu'elle a eu lieu volontairement. Le serment ainsi prêté par une partie capable a tous les effets d'un véritable serment décisoire, puisqu'il y a eu transaction proposée et consentie.

424. Le serment est indivisible, comme l'aveu, ainsi que l'a décidé un arrêt de cassation du 18 janvier 1813. Il faudra donc appliquer à la déclaration assermentée ce que nous avons dit de l'aveu ordinaire. Seulement, la question d'indivisibilité s'élèvera plus rarement en ce qui touche le ser-

ment, qui est habituellement déféré sur un fait unique. Ce qui n'est pas douteux, c'est que la prestation incomplète n'aurait aucun effet (Rej., 8 mars 1852.)

425. On considère quelquefois, dans la pratique, suivant le système admis en Autriche (Cod. de proc. de 1782. § 297), comme ayant prêté serment celui qui a été prévenu par la mort ou par quelque accident, lorsqu'il était sur le point de le prêter. (Douai, 26 mai 1814; Aix, 13 août 1829.) Cette décision n'est pas rigoureusement exacte. La loi dit bien que la partie qui a déféré le serment ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il était prêt à jurer[1] (C. civil, art. 1363); mais il ne s'ensuit pas que le serment soit par cela seul censé prêté. Est-il bien certain que la partie, qui, dans le premier moment, ne reculait pas devant le parjure, n'eût pas été arrêtée par sa conscience au moment décisif? *Jusjurandum*, dit Dumoulin (sur la *loi 3*, Cod., *De jurej.*), *a judice delatum defuncto, sed nondum præstitum ab illo, non potest objici per defuncti heredem.* Il faut donc reconnaître (Caen, 20 janvier 1846) que la condition n'est point accomplie; tout ce que l'on doit admettre, c'est que, si la prestation du serment n'a été retardée que par les manœuvres de l'adversaire, on le supposera intervenu. (*Ibid.*, art. 1178.)

426. Il a été reconnu de tout temps qu'on n'est point recevable, en principe, à prouver la fausseté du serment prêté : *Non illud quæritur an pecunia debeatur, sed an juraverit.* (Instit., § 11, *De action.*) Cependant Justinien, tranchant une question controversée, voulut, du moins en matière de legs et de fidéicommis, que, si le parjure était démontré, il ne profitât pas à celui qui s'en était rendu coupable. (L. ult., Cod., *De reb. cred. et jurej.*) Aucune exception de

[1] Sans cette acceptation, le jugement, même fixant un jour pour la prestation du serment, ne lierait point la partie qui l'a déféré. (Paris, 25 mai 1854.)

cette nature ne se trouve reproduite par le Code civil, qui exclut d'une manière générale (art. 1363) la faculté d'attaquer le serment. Mais certains auteurs, tout en convenant que le débat ne peut plus être renouvelé devant la même juridiction, pensent qu'il n'est pas interdit de se porter partie civile au criminel, si le parjure est poursuivi par le ministère public. Cette opinion ne nous paraît pas fondée ; car, lors de la discussion du Code pénal, il fut question précisément du danger de cette intervention de la partie, au mépris de la foi de la transaction, et on argumenta de ce danger pour demander la suppression de la disposition pénale portée contre le parjure [1]. (C. pén., art. 366.) Mais la réponse à l'objection fut précisément qu'il ne s'agissait point de déroger aux règles du Code civil : « Cette dispo-« sition », dit l'exposé des motifs au Corps législatif, « ne « saurait détruire ou changer l'article 1363 du Code Napo-« léon, qui porte que, lorsque le serment déféré ou référé « aura été fait, l'adversaire n'est pas recevable à en prouver « la fausseté... Tel n'est pas et ne saurait être le but et le « sens de la disposition qui vous est proposée ; elle n'ouvre « aucune nouvelle action au condamné ; le Code Napoléon « a irrévocablement réglé tout ce qui était relatif aux « intérêts privés et à la partie civile ; c'est le ministère « public qui pourra, dans le seul intérêt de la société, pour-« suivre le parjure. » En présence d'une déclaration aussi formelle, il est difficile de ne pas reconnaître que l'article 1363 domine toutes les juridictions [2], et qu'on n'a

[1] La peine du parjure a beaucoup varié. A Rome, il a été tantôt impuni, tantôt puni du bannissement, du fouet, ou du moins de l'infamie. Suivant les Capitulaires, la peine consistait dans la perte de la main droite ; dans notre ancienne jurisprudence, elle était arbitraire, c'était le plus souvent une amende. La législation intermédiaire l'avait laissé impuni. Enfin, à la dégradation civique, dont il avait été frappé en 1810, la loi du 13 mars 1863 a substitué des peines correctionnelles.

[2] Dans la procédure autrichienne (Cod. de proc. de 1782, §§ 299 et 300),

voulu laisser aucun moyen direct ou indirect de revenir sur le serment offert à l'adversaire. (Rej., 7 mai 1843.)

427. On se demande toutefois si le ministère public, seul recevable, d'après l'intention du législateur, à poursuivre le parjure devant la Cour d'assises, pourra prouver la fausseté du serment, en établissant par tous les moyens possibles que l'allégation appuyée par ce serment était mensongère, lors même qu'il s'agirait d'une valeur de plus de cent cinquante francs. Pour soutenir la négative, on se fonde sur ce principe, aujourd'hui constant en jurisprudence, et qui nous a paru parfaitement exact, que les règles sur la preuve, telles qu'elles sont posées par le Code civil, sont applicables à toutes les juridictions. Dès lors, a-t-on dit, une créance supérieure au taux légal, qui n'est prouvée que par témoins, n'est pas légalement prouvée. Le ministère public ne saurait établir le parjure à l'aide de preuves réputées insuffisantes. Ces considérations seraient décisives, si l'action du ministère public devait ici, comme en toute autre matière, avoir de l'influence sur les intérêts civils. Et c'était dans cette pensée que la commission du Corps législatif demandait la suppression de l'article 366 du Code pénal, comme offrant à la partie civile un moyen indirect d'éluder les lois sur la preuve testimoniale. Mais on a répondu à cette objection, ainsi qu'à celle tirée de l'article 1363 du Code civil, en faisant remarquer que l'action est attribuée exclusivement au ministère public. « On ne saurait non plus », dit l'exposé des motifs, « abuser de cette disposition, pour « éluder l'article 1341 du Code Napoléon, qui prohibe toute « preuve par témoins de toutes choses excédant la somme « ou valeur de cent cinquante francs, pour faire recevoir à

la partie qui allègue le parjure transmet ses moyens de preuve au juge criminel, lequel poursuit d'office. Si le parjure est établi, le coupable est condamné à la restitution et aux dommages et intérêts, aussi bien qu'à la peine légale.

« l'appui d'une accusation criminelle une preuve irrecevable « devant les tribunaux civils, et faire ainsi revivre, sous une « autre forme, une action justement éteinte ou prescrite... « C'est le ministère public qui pourra, dans le seul intérêt « de la société, poursuivre le parjure : celui qui aura fait un « faux serment, pour s'affranchir d'une dette contractée, « mais dont la preuve n'aurait pas été présentée *ou admise* « devant les tribunaux civils, ne jouira pas en paix du fruit « de son imposture ; elle sera dévoilée au grand jour de la « justice criminelle. » Il semble résulter bien clairement de ces paroles qu'on n'a vu d'inconvénient à laisser toute latitude à la preuve du parjure qu'en tant qu'il s'agirait de la partie civile, mais qu'une fois la partie civile mise hors de cause, il n'y a plus de motifs suffisants pour astreindre le ministère public à tel mode de justification ; car l'exposé prévoit même le cas où la preuve n'aurait pas été *admise* devant les tribunaux civils, ce qui fait allusion aux prohibitions légales, et veut que même alors le parjure ne demeure pas impuni. Cette doctrine se conçoit, du reste, dans la position tout exceptionnelle où l'on se trouve placé ici. En effet, l'un des principaux motifs des restrictions apportées à l'emploi de la preuve testimoniale, le danger de la corruption des témoins, disparaît complétement dans une affaire où l'action publique est seule en jeu. Reste l'incertitude de la preuve testimoniale ; mais cette incertitude existe également dans les circonstances où la nécessité oblige à admettre cette preuve. N'y a-t-il pas d'ailleurs pour le ministère public impossibilité morale de se procurer un commencement de preuve par écrit, dans un procès où il n'y a pas de partie civile? La Cour de cassation s'était d'abord prononcée contre l'admission de la preuve testimoniale ; puis elle est revenue sur sa première jurisprudence par un arrêt de rejet du 21 août 1834 ; en dernier lieu, elle a décidé, par plusieurs

arrêts de cassation, à partir du 16 août 1844, que lorsqu'il s'agit d'une stipulation contractuelle dont l'objet excède la valeur de cent cinquante francs, le ministère public ne peut poursuivre le parjure, s'il n'a au moins un commencement de preuve par écrit de cette stipulation. La Cour s'est fondée sur cette doctrine « qu'à l'égard des faits civils, la loi qui « détermine le genre de preuve qui peut être admis étend « son empire sur la procédure criminelle comme sur la pro- « cédure civile ; qu'elle doit être respectée et observée par « les juges criminels, même dans le cas où, le fait régi par « la loi civile se liant par des rapports nécessaires et absolus « au fait puni par la loi criminelle, la preuve du fait criminel « ne peut être établie que par celle du fait civil, et doit en « être la conséquence. » Cette doctrine est celle que nous avons toujours professée en théorie générale, et c'est une grave erreur que de soutenir avec la Cour de Limoges (dans les considérants de l'arrêt contre lequel le pourvoi a été rejeté en 1834) « que la loi a tracé pour la formation des preuves « en matière civile et en matière criminelle des règles dis- « tinctes qu'il importe de ne pas confondre. » Mais, en adhérant avec la conviction la plus entière au système général de la Cour de cassation, nous croyons qu'elle va peut-être trop loin en refusant de s'en écarter dans une hypothèse tout exceptionnelle, où il n'y a plus de motifs de suspicion à invoquer, puisque les intérêts civils ne sauraient, directement ou indirectement, bénéficier de la décision rendue par les juges criminels.

§ 4. REFUS DE PRÊTER OU DE RÉFÉRER LE SERMENT.

SOMMAIRE. — 428. Cas où le serment ne peut être référé. — 429. Obligation de le prêter ou de le référer. En Autriche, preuve *pro exonerandâ conscientiâ*. — 430. Capacité requise pour l'aveu tacite.

428. Celui à qui le serment est déféré a le choix, ou de le prêter, ou de le référer à l'autre partie, qui ne peut se

plaindre de se trouver dans la position où elle voulait mettre son adversaire. Mais, de même qu'on ne peut déférer le serment sur un fait qui n'est pas personnel à la partie qui le défère, il n'est pas permis à cette partie de le référer, quand le fait dont il s'agit lui est purement personnel. (C. civ., art. 1362.) Ainsi, le successible poursuivi par un créancier pour détournement d'effets de la succession, et à qui celui-ci déférerait le serment, ne serait pas reçu à le référer. Cette exception à la faculté générale de référer le serment n'est pas la seule. Lorsque la partie interpellée de jurer est un incapable, tel qu'un mineur, qui peut faire sa condition meilleure, mais non l'empirer, cet incapable peut bien prêter lui-même le serment, qui tend à le libérer; mais il ne lui est point permis de le référer, ce qui compromettrait singulièrement ses intérêts.

Quant au serment extrajudiciaire, nous avons vu que la délation de ce serment n'a rien d'obligatoire; il est évident qu'il doit en être de même du serment référé extrajudiciairement. Si ce serment est prêté, il en résultera une transaction, mais on ne pourra être condamné pour avoir refusé de le prêter.

429. Quand le serment est déféré en justice et à une personne capable, si elle refuse de le prêter ou de le référer, il y a de sa part aveu tacite; elle doit succomber dans sa demande ou dans sa défense. (C. civ., art. 1361.) *Manifestæ turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* (Paul., L. 38, D., *De jurej.*) Il y a cependant des personnes dont la conscience répugne au gain du procès par un moyen aussi facile; *se probare malle quæ affirmet*, dit Quintilien (*Inst. orat.*, liv. V, chap. VI), *quam dubium cuiquam relinquere an pejeraverit.* Le Code de procédure d'Autriche (§ 266) autorise ces personnes à faire la preuve directe de leur droit *pro exoneranda conscientia;* mais, si elles ne réus-

sissent point à faire cette preuve, elles perdent le droit de prêter le serment ou de le référer. Notre législateur n'est point entré dans ces distinctions délicates.

430. Il est bien entendu cependant que l'aveu tacite n'est admissible que là où l'aveu exprès peut l'être. Ainsi, l'incapable ne pourra pas plus se nuire en gardant le silence qu'en déférant ou en référant le serment. De même, le silence d'un coobligé ne pourra compromettre les autres obligés qu'autant qu'il aurait mandat exprès ou tacite de les représenter. Il faut se référer ici aux principes que nous établirons plus tard sur l'autorité de la chose jugée.

DEUXIÈME SECTION.

REJET DU SERMENT DÉCISOIRE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 431. Emploi de ce serment dans l'antiquité.

431. Si le serment décisoire suppose une transaction, ce serment n'est dès lors admissible, ainsi que nous l'avons reconnu, que dans les matières sur lesquelles il est permis aux parties de transiger. On ne peut donc en concevoir l'emploi au criminel que sous l'empire des législations qui laissent l'accusation entre les mains des particuliers. Dans l'antiquité, où ce système était en pleine vigueur, le serment paraît, en effet, avoir été souvent employé pour décider du résultat d'un procès criminel. A Athènes, les plaidoiries de Démosthènes offrent plus d'un exemple de cette pratique, qui paraît si singulière dans nos mœurs [1]. A Rome, Quintilien, qui s'occupe presque exclusivement dans ses *Institutes oratoires* des affaires criminelles, présente la déla-

[1] C'est ainsi que l'orateur athénien déclare, dans un de ses plaidoyers (*in Aphob.*, III, § 16), qu'il avait offert de s'en rapporter au serment que l'accusé prêterait sur la tête de sa fille, mais que celui-ci n'a voulu ni prêter ni référer le serment.

tion du serment (L. V, chap. VI) comme une mesure dangereuse et réprouvée par les vieux praticiens : *Nobis adolescentibus seniores in agendo facti præcipere solebant, ne unquam jusjurandum deferremus ;* mais, par cela même qu'il avertit d'en user avec une extrême sobriété, il est facile de voir qu'il la considère comme parfaitement admissible.

Chez les modernes, l'emploi du serment décisoire au criminel paraît avoir été promptement abandonné. D'abord, partout où le système inquisitorial a prévalu, la faculté de transiger sur les accusations, faculté sur laquelle repose la délation de ce serment, a été abolie. Et même dans les pays qui, comme l'Angleterre, ont conservé le système des accusations privées, on n'admet guère dans la pratique cette conséquence extrême, devant laquelle l'antiquité n'avait pas reculé. On n'y voit plus, comme à Athènes et à Rome, l'accusateur et l'accusé se provoquer respectivement au serment. Le bon sens du jury se refuse à faire dépendre d'un mode de preuve aussi dangereux le sort d'une accusation capitale. Dans la procédure allemande, « quoique plusieurs voix », dit M. Mittermaier (chap. 56), « se soient élevées pour « l'admissibilité du serment au procès d'accusation, il a été « reconnu de bonne heure que c'est là un acte de procédure « antipathique à tout procès criminel : la délation du ser- « ment suppose une sorte de pacte, et il ne peut y avoir pacte « que là où, au regard de l'objet en litige, le désistement « serait admis. » (Voy. n° 99.) On peut donc considérer le serment décisoire comme ayant complétement disparu chez les peuples modernes en matière criminelle.

TROISIÈME MODE DE PREUVE ORALE.

DÉCLARATION DU DEMANDEUR.

SOMMAIRE. — 432. Danger de cette déclaration. — 433. Foi attachée, tantôt à la déclaration du demandeur, tantôt à celle de l'une des parties, au choix du juge. *Affidavit* anglais.

432. Autant il est naturel de s'en rapporter au témoignage de tiers désintéressés dans le litige, ou à l'aveu du défendeur lui-même, autant il paraît étrange de s'en rapporter à l'affirmation du demandeur, ainsi appelé à se donner gain de cause par son propre témoignage. Lorsque certaines législations barbares, sous l'influence d'un sentiment exagéré de la moralité humaine, ont permis de s'en rapporter en toute matière à la déclaration du demandeur, cette faculté a donné naissance à d'énormes abus. C'est ainsi que chez les Lombards, dans l'origine, il suffisait à celui qui présentait la charte d'un héritage, s'il s'élevait quelque contestation, de jurer sur les Évangiles la vérité de cette charte, et sans aucun jugement préalable, il se rendait maître de l'héritage. Ainsi les parjures étaient sûrs d'acquérir. (Voy. Loi des Lombards, liv. II, tit. LV, chap. XXXIV.) La réaction qui eut lieu dans l'opinion contre ces scandales[1] paraît même avoir puissamment contribué à propager l'usage du combat judiciaire.

433. Aujourd'hui la déclaration du demandeur, sans avoir une autorité aussi exorbitante, est encore assez fréquemment invoquée, du moins en droit civil, et nous verrons que ce mode de preuve, souvent attaqué à juste titre, est, dans certaines hypothèses, justifiable, quelquefois même nécessaire.

[1] « Ab Italiæ proceribus est proclamatum, ut imperator sanctus, mutata « lege, facinus indignum destrueret. » (Loi des Lomb., *ibid.*)

Nous le retrouvons en Angleterre dans l'*affidavit*, déclaration assermentée et détaillée que fait une partie à l'appui de sa prétention. (Voyez les *affidavit* présentés par le comte Apponyi le 26 février, et par l'avocat Kossuth le 16 mars 1861, à la Cour de la chancellerie anglaise, dans l'affaire de l'empereur François-Joseph contre Kossuth.)

Une distinction importante domine la matière. Tantôt c'est la loi qui désigne exclusivement l'une des parties, habituellement le demandeur, pour trancher le débat par sa déclaration; tantôt on laisse au juge la faculté de s'en rapporter à la déclaration de l'une ou de l'autre des parties, à son choix, et c'est alors qu'intervient le serment supplétoire, dont nous nous occuperons en dernier lieu.

PREMIÈRE SECTION.

CAS OU LA LOI ATTACHE UNE FOI EXCLUSIVE A LA DÉCLARATION DE L'UNE DES PARTIES.

SOMMAIRE. — 434. Motif de cette foi exclusive. — 435. Qualité de la personne. Locateur. — 436. Déclaration du maître sur les gages; art. 1781 du Code, abrogé en 1868. — 437. Affirmation de l'avoué réclamant la distraction des dépens. — 438. Serment *en plaids*.

434. Deux sortes de motifs ont pu déterminer la loi à s'en rapporter uniquement, pour certaines questions, à la déclaration de l'une des parties, et même ordinairement du demandeur[1]. Quelquefois c'est la qualité de la personne qui la fait juger digne de confiance; d'autres fois la position toute particulière du demandeur fait que lui seul est à même de donner des renseignements sur le fait en litige.

435. La qualité de la personne a déterminé le législateur à s'en rapporter exclusivement à l'une des parties, lors-

[1] Il est bien entendu que nous appelons ici *demandeur* celui à qui incombe la preuve du fait à l'appui duquel sa propre déclaration est invoquée, quand même sa prétention viendrait se présenter incidemment dans une procédure où il serait défendeur.

qu'il veut que le locateur en soit cru sur son serment, quand il y a contestation sur le prix d'un bail verbal dont l'exécution est commencée (n° 179), au cas où il n'existe point de quittance. (C. civ., art. 1716.) Cette disposition est tempérée par la faculté accordée au locataire de demander l'estimation par experts, sauf à supporter les frais de l'expertise, si l'estimation excède le prix par lui déclaré. (Même art.) Elle n'a point été l'objet de critiques sérieuses comme contraire à l'égalité démocratique, car il arrive fréquemment dans le bail à loyer que la position sociale du locataire est plus élevée que celle du locateur.

436. Il n'en est pas de même de l'article 1781 du Code civil, aux termes duquel, en ce qui touche le louage des domestiques et ouvriers, le *maître* en était cru sur son *affirmation* pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année échue, et pour les à-compte donnés sur l'année courante, lorsque le domestique ne produisait point d'écrit. Cet article, empreint d'un esprit peu démocratique, semblait une réminiscence du vieil adage coutumier : *En grande pauvreté n'y a pas grande loyauté*. L'expression même de *maître* a quelque chose de malsonnant pour des oreilles démocratiques. Aussi l'abrogation de cet article avait-elle été vivement sollicitée après la révolution de 1848. La proposition de modifier le Code sur ce point fut prise en considération par le pouvoir législatif, mais on ne put s'entendre sur le meilleur système à adopter pour remplacer l'article 1781. Cependant la disposition correspondant à cet article fut effacée en 1868, lors de la révision du Code italien. L'Angleterre prit aussi les devants sur nous pour l'abrogation, en 1867[1], de la loi du maître et du serviteur (*master and ser-*

[1] Une nouvelle réclamation avait été faite à cette époque, lors de l'Exposition universelle de Paris, par les délégations ouvrières. L'enquête agricole n'a pas signalé de plaintes dans les campagnes.

vants act), qui voulait que le premier fût toujours cru de préférence sur son affirmation. Enfin, la loi française du 2 août 1868 a donné, à son tour, satisfaction à l'esprit d'égalité en revenant sur une décision empruntée à la très-ancienne jurisprudence du Châtelet de Paris. Cette loi déclare purement et simplement abrogé l'article 1781 du Code civil.

Quelques personnes avaient pensé que ce changement pourrait créer au maître une position difficile. Tandis qu'il est facile au domestique d'établir le fait de ses services, il est assez incommode pour le maître d'obtenir un reçu du domestique, en supposant qu'il sache écrire, ou de lui faire le payement de ses gages par-devant témoins. On avait proposé, en conséquence, d'accorder foi aux registres réguliers tenus par le maître. Mais c'était là encore une disposition exorbitante. La commission du Corps législatif a donc cru devoir repousser un amendement formulé en ce sens, et le projet de loi a été adopté sans discussion. Si l'abrogation de l'article 1781 présente, en effet, quelques inconvénients, ce sera à l'expérience à les faire ressortir.

437. On peut encore citer comme motivée par la qualité de la personne la disposition du Code de procédure (art. 133) qui autorise l'avoué de la partie gagnante à réclamer la distraction des dépens à son profit, en affirmant qu'il a fait la plus grande partie des avances. La position de l'officier ministériel ne permet pas de supposer qu'il veuille compromettre son caractère et son avenir par une déclaration mensongère. Il ne s'agit pas d'ailleurs d'un débat au fond entre l'avoué et son client, mais d'une mesure provisoire d'exécution. Ici la pratique constante de nos tribunaux n'exige pas le serment, et cette pratique offre peu de danger après tout, puisque l'avoué peut être astreint à représenter le registre qu'il doit tenir conformément à l'article 51 du tarif (n° 410) :

registre qui justifie de l'exactitude de ses assertions. (Limoges, 27 août 1823.)

438. Enfin il est des cas où la nécessité même oblige à s'en rapporter aux allégations du demandeur : c'est lorsqu'il est impossible de constater autrement la valeur réclamée. Alors intervient le serment appelé par les auteurs *serment en plaids*. (C. civ., art. 1369.) C'est du moins la seule application que reçoive ce serment dans notre droit.

Le serment *in litem* avait, à Rome, une application bien plus étendue; on l'employait pour punir le dol du défendeur, en autorisant le demandeur à fixer le prix d'affection qu'il attachait à la chose réclamée. *Non ab judice doli æstimatio*, dit Ulpien (L. 64, D., *De judic.*), *ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem juratur*. Le serment pouvait alors avoir lieu pour une valeur illimitée; il était seulement loisible au juge d'ajouter une *taxatio*, c'est-à-dire de fixer un *maximum* que la déclaration ne devait pas dépasser. (Ulp., L. 4, § 2, *ibid.*, *De in lit. jur.*) Chez nous, on se contente d'allouer en ce cas des dommages et intérêts sur une base plus large. (Code civ., art. 1150 et 1151.) Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. (C. civ., art. 1369). « Le *juramentum affectionis* », dit Pothier (*Oblig.*, n° 930), « n'a pas lieu dans nos usages; « nous n'y avons admis que le *juramentum veritatis*. »

Il y a lieu à ce dernier serment, toutes les fois qu'une perte étant d'ailleurs établie, on ne peut en constater l'importance que par la déclaration de la partie même qui l'a soufferte, s'il n'est pas possible d'invoquer, en fait, la preuve testimoniale, même par commune renommée. Cette partie doit alors affirmer en conscience, non le prix d'affection qu'elle attachait à l'objet perdu, mais sa valeur réelle. Ainsi, un voyageur perd ses effets dans une auberge, où il y avait

pour lui impossibilité morale d'en constater la valeur; on a reconnu de tout temps qu'il faut bien, en pareille occurrence, s'en rapporter à sa déclaration, en tenant compte de la qualité des personnes et des circonstances de la cause. Alors le juge, ainsi qu'il le faisait presque toujours à Rome, détermine (C. civil, *ibid.*) la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. Bien plus, le serment prêté ne lie pas le juge, qui peut encore, en dernière analyse, si l'évaluation lui paraît exagérée, restreindre la condamnation à un taux inférieur. C'est ce qu'admettait Ulpien, *ex magna causa et postea repertis probationibus.* (L. 4, § 3, D., *De in lit. jurej.*) Telle est également la doctrine de Beaumanoir (chap. XXXIX, § 79) : « Li nom« bres du damace pourrait bien estre si grans et si outra« geux; si comme se commune renommée me tesmoignoit « que je n'eusse pas vaillant cent livres en toutes cozes, et « je voloie jurer mon damace à cinq cents livres, ou à mille : « je n'en seroie pas creus, ainçois seroit li damaces avena« bles par loial enqueste, selonc ce qu'il apartienroit à mon « esta. » C'est enfin ce qu'enseigne Pothier (*Oblig.*, n° 932), et il est peu probable que les rédacteurs du Code civil aient entendu s'écarter de cette doctrine.

Le serment *in litem*, plus personnel encore que le serment supplétoire, ne peut pas non plus être référé. (*Ibid.*, art. 1368.)

DEUXIÈME SECTION.

DÉCLARATION DU DEMANDEUR OU DU DÉFENDEUR, AU CHOIX DU JUGE. — SERMENT SUPPLÉTOIRE.

SOMMAIRE. — 439. Danger de ce serment.

439. *Solent judices in dubiis causis,* dit Gaius (L. 31, D., *De jurej.*), *exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui ju-*

raverit. Cette pratique n'a rien de contraire aux règles ordinaires, lorsque le serment est déféré par le juge au défendeur, puisque son adversaire pourrait toujours lui imposer la même obligation, en lui déférant le serment décisoire. Mais, lorsque c'est au demandeur que ce serment est déféré, il tend à détruire la maxime, aussi salutaire que raisonnable, qui oblige le demandeur à faire la preuve. On *suppose* alors au serment une efficacité qui n'est que trop démentie par l'expérience. Aussi ce genre de preuve si équivoque était-il d'abord tombé en discrédit dans notre ancienne jurisprudence : « Serments supplétifs, dit Papon, ne sont reçus « en parlement de Paris, comme chose préjudiciable au « salut éternel, pour avoir connu les mœurs des hommes, « par inclination du temps, dépravées jusqu'à mépriser tel « sacrement en peu de chose. » Mais on ne sut pas maintenir cette sage pratique, et au dernier siècle l'emploi du serment supplétoire était devenu extrêmement fréquent. On connaît la déclaration que fait Pothier à ce sujet dans son *Traité des obligations* (n° 925) : « Depuis plus de quarante « ans que je fais ma profession » (il parle ici comme juge, et non comme professeur), « j'ai vu une infinité de fois déférer le serment, et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois « qu'une partie ait été retenue par la religion du serment « de persister dans ce qu'elle avait soutenu[1]. »

Si cet expédient peut présenter quelque utilité, c'est seulement dans des cas tout particuliers, où la bonne réputation d'une partie peut suppléer à ce qu'ont d'incomplet les

[1] Portalis s'est expliqué en ces termes, au conseil des Anciens, à propos du serment imposé aux prêtres par les lois révolutionnaires : « Il eût été digne de notre siècle de reconnaître que le serment est une bien faible épreuve pour des hommes polis et raffinés ; qu'il n'est nécessaire que chez des peuples grossiers à qui la fausseté ou le mensonge coûte moins que le parjure, mais que dans nos mœurs cette auguste cérémonie n'est plus qu'une forme outrageante pour le Ciel, inutile pour la société et offensante pour ceux qu'on oblige à s'y soumettre. »

preuves qu'elle invoque, ou bien relativement au serment *in litem*, admis, nous l'avons vu (n° 438), par nécessité. Mais la somme des inconvénients dépasse de beaucoup celle des avantages. Notre législation a cependant autorisé le serment supplétoire en matière civile[1]; elle l'a du moins rejeté en matière criminelle, là où il s'est maintenu chez d'autres nations, ainsi que nous le verrons en terminant.

PREMIÈRE DIVISION.

EMPLOI DU SERMENT SUPPLÉTOIRE EN MATIÈRE CIVILE.

SOMMAIRE. — 440. Dans quels cas ce serment peut être employé. — 441. A qui il convient de le déférer. — 442. Il faut que les faits soient personnels. — 443. Faculté de revenir sur le serment supplétoire. — 444. Refus de le prêter. — 445. Impossibilité de le référer. — 446. Points communs à ce serment et au serment *in litem*.

440. Dans quels cas le juge a-t-il la faculté de déférer ce serment? Le Code civil (art. 1367), qui reproduit la doctrine de nos anciens auteurs, ne s'explique pas très-nettement sur ce point. « Le juge, y est-il dit, ne peut déférer « d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'excep- « tion qui y est opposée, que sous les deux conditions sui- « vantes : il faut 1° que la demande ou l'exception ne soit « pas pleinement justifiée; 2° qu'elle ne soit pas totalement « dénuée de preuves. — Hors ces deux cas, le juge doit ou « adjuger, ou rejeter purement et simplement la demande. »

Il résulte bien de là, sans contredit, que le serment ne peut être déféré d'office dans les deux cas extrêmes où la preuve est complète, et où elle manque totalement. Mais quelle est la position intermédiaire où il sera loisible au juge de le déférer? C'était un point abandonné à sa prudence, chez les Romains, et les anciens interprètes ne définissent

[1] Le nombre des serments judiciaires tend à diminuer. De 1840 à 1850, en moyenne, les serments déférés par les parties ont été de 535 par année; les serments déférés par le juge, de 296 seulement.

que très-vaguement ce qu'ils appellent des preuves *semi-pleines*[1]. Mais, dans notre législation, qui repousse la preuve testimoniale des conventions dont l'objet dépasse cent cinquante francs, il est assez naturel de soumettre à la même restriction le serment supplétoire, bien plus dangereux encore que le témoignage des tiers. Aussi la doctrine et la jurisprudence entendent-elles l'article 1367 en ce sens qu'il est permis au juge de déférer le serment dans les cas où la preuve testimoniale est admissible. Il est même permis (Rej., 14 juillet 1865) de voir un commencement de preuve par écrit dans les explications données à l'audience. (Voy. n° 169.) En sens inverse, là où il n'existe point de restriction à l'emploi de la preuve testimoniale, puisque les juges peuvent condamner sur de simples indices, il leur est loisible de les corroborer en déférant le serment supplétoire. (Rej., 22 janvier 1828 et 9 novembre 1831.) Toutefois, il n'y a point lieu de mettre absolument sur la même ligne l'admissibilité de ce serment et celle de la preuve testimoniale. « Il faut « excepter de cette règle », dit Pothier (*Oblig.*, n° 926). « les causes d'une grande importance, telles que les causes « de mariage. » Et aujourd'hui que nous n'admettons plus la doctrine : *Creditur virgini juranti*, etc., il faut rejeter en matière de filiation le serment supplétoire aussi bien que le serment décisoire (n° 410), lors même que la preuve testimoniale serait admissible. Si la probité apparente d'un plaideur peut permettre au juge de s'en rapporter à sa délicatesse dans une affaire purement pécuniaire, il ne saurait en être de même là où il s'agit des intérêts les plus sacrés de la société. Quant à la question de savoir si, au contraire, ce

[1] « Hoc intelligendum », dit Dumoulin (sur le titre I^er du Code), « de « conjecturis, præsumptionibus, judiciis gravibus, bonis, efficacibus, non « autem de frivolis et stultis. » Mascardus (concl. 957, n° 8) prend pour exemple une allégation fondée sur la déposition d'un seul témoin.

serment est admissible, sans que la preuve testimoniale le soit également, à l'appui du registre qu'un marchand invoque contre un particulier non marchand (C. civ., art. 1329), elle se rattache trop intimement à la foi des registres pour qu'il convienne de la traiter ici par anticipation.

441. C'est habituellement au juge seul qu'il appartient de choisir la partie à laquelle il veut déférer le serment. Son choix sera le plus souvent déterminé par les antécédents plus ou moins favorables des plaideurs et par les circonstances de la cause. Mais, toutes choses égales, ce sera au défendeur qu'il devra s'adresser, l'affirmation du demandeur dans sa propre cause n'étant pas recevable lorsque rien ne vient faire pencher la balance en sa faveur. Il y a un cas où la loi elle-même fait le choix : c'est celui où un commerçant, aux registres duquel l'autre partie offre d'ajouter foi, refuse de les représenter (C. de comm., art. 17); c'est alors à celui qui a demandé cette représentation que doit être déféré le serment. Le refus de représenter ses livres est, en effet, une présomption grave contre l'adversaire. Dans des cas semblables, où il s'élève un fort préjugé contre l'une des parties, à raison de sa conduite dans le litige, si, par exemple, elle a nié un fait qui se trouve ensuite clairement établi, les juges se conformeront à l'esprit de la loi en déférant toujours le serment à l'autre partie. Au surplus, c'est là une question d'appréciation personnelle, et non point de capacité. *Adolescens verò, si velit, jurare potest,* dit Ulpien. (L. 4, pr., D., *De in lit. jur.*)

442. On s'est demandé si le serment peut être déféré d'office sur un fait qui n'est point personnel à la partie. Dans le silence de la loi, il nous semble impossible d'autoriser les juges à mettre un plaideur en demeure d'affirmer sous serment un fait qui lui serait complétement étranger. On invoque mal à propos, en ce sens, l'autorité de la Cour de

cassation : dans l'espèce où elle a autorisé la délation du serment supplétoire (Rej., 18 décembre 1823), il s'agissait d'un prêt fait à la mère de la partie; ce n'était donc là, après tout, qu'un serment de crédibilité, et nous avons vu qu'un pareil serment peut être déféré, même par la partie adverse (n° 412), puisque la croyance ainsi invoquée n'est autre chose qu'un fait personnel. On peut expliquer de même la décision (Rej., 19 mai 1842) qui autorise à déférer le serment au mari, dans un procès où il assiste sa femme.

443. La prestation du serment supplétoire ne tranche pas d'une manière péremptoire la contestation, comme celle du serment décisoire. Il ne s'agit plus ici d'une *transaction*, mais d'un mode de preuve ordinaire, auquel l'adversaire n'a nullement adhéré. (Gaius, L. 31, D., *De jurej.*) Il est donc permis de combattre en cause d'appel les allégations de la partie adverse, bien qu'appuyées par un serment de cette nature (Rej., 15 mars 1852); et le juge d'appel peut même, ainsi que l'enseignait Pothier (*Oblig.*, n° 928), déférer le serment à celui des plaideurs auquel le premier juge n'avait pas voulu s'adresser. Par le même motif, le Code, conformément à l'ancienne doctrine, ne reproduit pas, quant au serment déféré d'office, la disposition qui défend de prouver la fausseté du serment que l'on aurait déféré ou référé soi-même. (C. civ., art. 1363.) Rien ne s'oppose à ce que je puisse me porter partie civile et réclamer des dommages et intérêts, lorsque la juridiction criminelle est appelée à apprécier la sincérité d'un serment auquel je n'ai jamais entendu me soumettre. (Rej., 20 janvier 1843.)

444. Le refus de prêter le serment supplétoire fera presque toujours perdre son procès à la partie interpellée de jurer. Mais c'est là seulement ce qui arrivera le plus souvent en fait. En principe, le refus de jurer n'est plus con-

sidéré ici comme un aveu tacite. On applique la maxime dont nous avons développé plus haut (nos 299 et suiv.) le véritable sens, que le juge n'est pas lié par une décision interlocutoire. Si, par exemple, une pièce décisive a été recouvrée, depuis que le serment a été ordonné, on a jugé avec raison (Limoges, 23 mars 1825; Toulouse, 3 juillet 1827) que le tribunal peut revenir sur la délation de serment. En pareil cas, le refus de prêter serment ne nuirait pas à la partie dont les droits se trouvent aussi clairement démontrés. (Rej., 10 décembre 1823.)

445. Un point sur lequel la loi est positive, c'est l'impossibilité de référer le serment déféré d'office. (C. civ., art. 1368.) On sent que la confiance accordée par le juge à l'un des plaideurs est toute personnelle.

446. Nous avons vu (n° 438) que l'impossibilité de référer le serment, comme la faculté de revenir sur le serment prêté, existent également pour le serment *in litem* qui n'est après tout qu'une variété du serment supplétoire.

DEUXIÈME DIVISION.

REJET DU SERMENT SUPPLÉTOIRE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 447. Trois systèmes sur ce point. — 448. Premier système : Serment déféré à l'accusateur. — 449. Deuxième système : Serment purgatoire, déféré à l'accusé. — 450. Troisième système, qui proscrit tout serment au criminel.

447. On peut concevoir, en matière criminelle, trois systèmes quant au serment supplétoire. La loi peut permettre de le déférer à l'accusateur, afin de corroborer son allégation; elle peut en faire, au contraire, un moyen de défense pour l'accusé, et on l'appelle alors *serment purgatoire;* enfin elle peut proscrire tout serment de l'une ou de l'autre des parties dans les procès criminels. Chacun de ces systèmes correspond à une période différente dans l'état de la civilisation et de la législation pénale.

448. Le premier système appartient à l'enfance de la justice criminelle. Qu'on s'en rapporte à la déclaration du demandeur en ce qui touche ses intérêts pécuniaires, cela peut être tolérable, du moins, comme nous l'avons vu, dans certaines circonstances. Mais qu'on dispose de la vie ou de l'honneur d'un accusé, parce que le serment de l'accusateur sera venu corroborer une preuve incomplète, c'est là une pratique déplorable, et qu'il n'est pas même nécessaire d'admettre dans les pays où l'accusation est abandonnée aux particuliers. Quand des intérêts aussi sacrés sont en jeu, il importe de s'en tenir strictement à la règle : *Actore non probante, reus absolvitur*. Chez les peuples primitifs, qui ont conservé une grande foi en la parole de l'homme, et dans un état de civilisation où il est difficile d'administrer des preuves régulières, nous trouvons cet emploi du serment. Les lois galloises (*Legg. wall.*, éd. Wotton, liv. III, ch. III, § 31) autorisent à établir l'accusation de vol manifeste par le serment de l'accusateur et de trois autres personnes, prêté à la porte du cimetière, à la porte de l'église, et enfin sur l'autel. Elles s'en rapportent également au serment de la jeune fille en matière d'attentat aux mœurs, ce qui rappelle notre ancienne maxime : *Creditur virgini juranti se ex Titio prægnantem*. On ne retrouve aujourd'hui un pareil système que dans les contrées de l'Orient, où la justice criminelle s'administre avec la plus incroyable légèreté. C'est là que le législateur, suppléant à la qualité des preuves par leur nombre, autorise à établir l'assassinat au moyen de *cinquante serments* prêtés par les parents de la victime. (Voy. les *Études sur la loi musulmane*, de M. Vincent, p. 65 et suiv.) On ne retrouve point, sans doute, un pareil abus du serment à Athènes et à Rome. On y voit cependant encore l'accusateur offrir spontanément son serment, qui, sans avoir une force péremptoire, entre dans les éléments de la

conviction du juge[1]. Mais, quel que soit le système d'instruction criminelle adopté chez les nations de l'Europe moderne, le serment supplétoire de l'accusateur est universellement rejeté, aussi bien que le serment décisoire au criminel.

449. Il n'en est pas de même du serment purgatoire, dont l'usage subsiste encore chez certains peuples civilisés. La faculté de déférer le serment à l'accusé est, en effet, bien plus favorable, puisqu'elle tend à le libérer, au lieu d'aggraver sa position; car il faut reconnaître, ainsi qu'on est obligé de le faire, à moins de confondre les principes de la procédure criminelle avec ceux de la procédure civile, qu'on ne saurait considérer ici le refus de jurer comme un aveu tacite. Ainsi, à Athènes, l'accusé pouvait, du consentement de l'accusateur, obtenir son absolution par un serment avec imprécation sur sa propre tête. Le serment purgatoire avait acquis une extrême importance au moyen âge. Dans les mœurs germaniques, l'accusé amenait avec lui un certain nombre de parents ou d'amis, qui juraient avec lui (*conjuratores*[2]). Primitivement l'institution des conjurateurs n'était autre chose qu'une transformation des guerres privées : les membres de la même famille et de la même tribu, appelés ainsi en justice, ne rendaient point un témoignage proprement dit, mais ils soutenaient la cause de l'accusé par leur serment, comme ils l'auraient soutenue les armes à la main. Plus tard, l'Église s'empara de cette institution, qui fut nommée *purgatio canonica*, et la transforma en un mode de preuve régulier, qui rentrait dans l'esprit de l'an-

[1] Voy. le serment solennel de l'accusateur dans le plaidoyer de Démosthènes contre Conon, § 14.

[2] En matière de viol, d'adultère, de virginité, les lois galloises admettent la disculpation au moyen d'un certain nombre de serments. On sait que trois évêques et trois cents seigneurs affirmèrent solennellement la légitimité de Clotaire II, pour disculper sa mère, la fameuse Frédégonde.

cienne procédure inquisitoriale, où l'on cherchait surtout à faire appel à la conscience de l'accusé. L'application en fut restreinte au cas où les preuves de l'accusation étaient incertaines et légères. On trouve des exemples de l'emploi de ces *conjuratores* en Allemagne jusqu'en 1548; en Suède, une ordonnance de Christine (§ 4) le consacrait encore en 1653. Et le serment purgatoire déféré à l'accusé seul a survécu, dans le droit commun allemand, à l'abolition du serment collectif. Mais il n'est plus usité aujourd'hui qu'en matière non capitale, au cas de graves soupçons contre des personnes dont les antécédents sont d'ailleurs honorables. Ce serment se rattache à l'*absolutio ab instantia;* il permet d'obtenir un acquittement complet, au lieu de rester *perpétuellement* sous le coup de l'accusation. C'est un correctif apporté à un système vicieux. On trouve également dans les anciennes lois anglaises l'admission de l'offre d'affirmer de la *part du* défendeur, lorsqu'il ne s'agissait que d'une amende. « La « loi », dit Blackstone (liv. III, ch. XXII, § 6), « dans la « simplicité des anciens temps, ne présumait pas qu'un « homme voulût se rendre parjure pour tous les biens de ce « monde. » La démocratie américaine consacrait *un abus* bien plus grave du serment purgatoire, lorsqu'elle autorisait le planteur, accusé de violences envers ses esclaves, à se disculper en affirmant par serment son innocence : *ce qui* était une prime offerte au parjure. (Voy. M. Élisée Reclus, *Revue des Deux-Mondes*, tom. XXX, p. 872.)

450. Dans une civilisation avancée, il n'est plus permis au législateur d'avoir une pareille foi en la moralité humaine. Le serment purgatoire doit disparaître, comme a disparu depuis longtemps chez les peuples modernes le serment déféré à l'accusateur. En Angleterre, dès le *temps de* Blackstone (*loc. cit.*), on a imaginé de substituer aux actions dans lesquelles le défendeur était admis à affirmer, des ac-

tions nouvelles, dans lesquelles cette affirmation n'est pas recevable. Notre jurisprudence française a depuis longtemps repoussé tout serment supplétoire au criminel, même en ce qui touche l'action civile. (Mascardus, prélim., quest. 9, nos 31-37.) Il est à croire qu'en Allemagne le serment purgatoire[1], dont l'application devient de plus en plus rare chaque jour, n'est plus destiné à une longue existence. (M. Mittermaïer, ch. LVI et suiv.) En Amérique, la disposition inique que nous avons signalée a disparu avec l'esclavage, à la suite de la grande épreuve dont Lincoln a été le martyr.

[1] Ce serment a été aboli en Toscane par l'article 6 de la loi de 1785; il est repoussé également par l'ordonnance criminelle de Prusse, § 392, et par l'ordonnance de Bade sur le serment, § 12.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME PREMIER

Pages

PRÉFACE. 1

INTRODUCTION. 1

I. Des divers modes de preuves en général. 6

II. Des divers modes de preuves en matière judiciaire. . . . 18

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA MARCHE DE LA PREUVE. 29

I. Qui doit prouver. : 30

1er Point. La preuve d'un fait négatif est-elle impossible ?. . 35

2e Point. Le fardeau de la preuve doit-il incomber dans tous les cas à celui qui affirme ?. 39

II. Que décider en l'absence de preuves suffisantes ?. 49

III. Que peut-on prouver ? 59

§ 1. Principes généraux. 59

§ 2. Preuve en matière de diffamation. 63

APPENDICE. Diffamation envers les morts. 90

IV. Principes sur la preuve en matière civile et en matière criminelle. 105

PREMIÈRE PARTIE

EXPÉRIENCE PERSONNELLE. 111

1re Section. — Descente sur les lieux. 115

1° En matière civile. 115

2° En matière criminelle. 118

2e Section. — Expertise (complément de l'expérience personnelle). 123

I. Expertise civile. 126

1° Sa marche. 128

2° Sa foi. 135

II. Expertise criminelle. 139

DEUXIÈME PARTIE

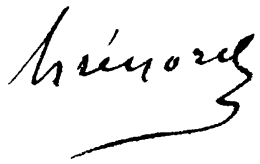
FOI AU TÉMOIGNAGE. — PREUVES PROPREMENT DITES. 145

LIVRE PREMIER. — Preuves simples, — orales. 152

PREMIER MODE DE PREUVE ORALE. — Preuve par témoins. . . . 154
1re Section. — Admissibilité de cette preuve. 156
1re Règle. — Exclusion de la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes. 155
2e Règle. — Son exclusion totale en certaines matières. . . 176
1re Division. — En matière de conventions. 179
§ 1. Application de la règle. 183
§ 2. Exceptions. 188
1er motif. — Modicité de la valeur du litige. . . . 189
2e motif. — Commencement de preuve par écrit. . 199
3e motif. — Impossibilité de preuve littérale. . . . 205
4e motif. — Consentement de l'adversaire. 215
§ 3. Extension de la règle. 216
2e Division. — Dans les questions d'état. 230
§ 1. Naissance et décès. 233
§ 2. Mariage. 237
§ 3. Filiation. 250
1° Légitime. 252
2° Naturelle. 265
3e Division. — Admissibilité de la preuve testimoniale en matière criminelle. 286

APPENDICE DE LA PREMIÈRE SECTION. — Preuve testimoniale au second degré. — Commune renommée. 307
2e Section. — Administration de la preuve testimoniale. . . 316
Première forme de l'enquête. — Enquête écrite. 321
§ 1. Marche générale. 323
§ 2. Sanctions de la comparution et de la véracité des témoins. 341
§ 3. Exclusion de certains témoins. 349
§ 4. Appréciation des témoignages. 367
§ 5. Influence de l'enquête sur la décision définitive. . . 380
Deuxième forme de l'enquête. — Enquête orale. 386
I. Au civil, dite sommaire. 386
II. Au criminel. 391
§ 1. Marche générale des débats. 394
§ 2. Sanctions de la comparution et de la véracité des témoins. 407
§ 3. Exclusion de certains témoins. 420
§ 4. Appréciation des témoignages. 431

DEUXIÈME MODE DE PREUVE ORALE. — Aveu exprès ou tacite. . . 439
I. Aveu proprement dit. 440
1re Section. — Force de l'aveu. 440

1re Division. — En matière civile. 441
§ 1. Aveu judiciaire. 441
§ 2. Aveu extrajudiciaire. 455
2e Division. — En matière criminelle. 460
2e Section. — Provocation de l'aveu. 470
1re Division. — En matière civile. 471
1° Interrogatoire sur faits et articles. 474
2° Comparution des parties. 485
2e Division. — En matière criminelle. 487
§ 1. Interrogatoire lors de l'instruction préparatoire. . . 495
§ 2. Lors des débats. 501
II. Aveu tacite. — Serment décisoire. 508
1re Section. — Serment décisoire au civil. 513
§ 1. Délation du serment. 514
§ 2. Prestation du serment. 525
§ 3. Effet de la prestation. 531
§ 4. Refus de le prêter ou de le référer. 536
2e Section. — Rejet de ce serment au criminel. 538
Troisième mode de preuve orale. — Déclaration du demandeur. 540
1re Section. — Foi exclusive attachée à la déclaration de l'une des parties. 541
2e Section. — Serment supplétoire. 545
1re Division. — Emploi au civil. 547
2e Division. — Rejet au criminel. 551

8/8/21